

# VU Research Portal

## Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid

Akkermans, A.J.

### ***published in***

Proportionele aansprakelijkheid  
2000

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

### ***document license***

CC BY-NC

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Akkermans, A. J. (2000). Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid. In A. J. Akkermans, T. Hartlief, & M. Faure (Eds.), *Proportionele aansprakelijkheid* (pp. 85-134). Boom Juridische uitgevers.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid<sup>1</sup>

### § 1. Inleiding

Het onderwerp van dit boek, proportionele aansprakelijkheid, is voor Nederland betrekkelijk nieuw<sup>2</sup>. Anders dan in landen als Frankrijk, België en Engeland<sup>3</sup>, staat bij ons het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid nog in zijn kinderschoenen. In de rechtspraak wint de proportionele benadering echter duidelijk terrein. De stand van zaken verschilt per rechtsgebied. Op sommige gebieden gaat het nog uitsluitend om lagere rechtspraak, en moet worden afgewacht hoe de Hoge Raad uiteindelijk zal oordelen. Dit geldt met name voor het terrein van de medische fouten<sup>4</sup> en bij longkanker die kan zijn veroorzaakt door asbest en/of door roken<sup>5</sup>. Op andere gebieden deed de Hoge Raad al wel uitspraak, maar gaat het om tamelijk incidentele arresten waarvan de precieze betekenis voor de proportionele benadering nog moet worden afgewacht. Het duidelijkst is het Baijings-arrest waarin de Hoge Raad expliciet groen licht gaf voor een proportionele schadevergoeding bij de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat<sup>6</sup>. Daarnaast zijn er wat eerdere arresten waarin

1. Met dank aan Michael Faure, Ivo Giessen, Chris Jansen en Albert Verheij voor hun commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.
2. De wortels van dit leerstuk zijn niettemin reeds geruime tijd in ons recht aanwezig. Zie de losbladige Onrechtmatige daad (oud) (Bloembergen) nr. 154 en bijv. Rb. Utrecht 28 oktober 1942, *NJ* 1943, 231.
3. Zie voor België de bijdrage van Faure aan dit boek en voor Engeland de bijdrage van Rogers.
4. Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1996, 213, *VR*, 1997, 162, *A&V*, 1996, 67 (Akkermans), *TvG*, 1997, 58 (Ridder, de); Rb. Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41, *VR*, 1998, 170, *TvP*, 1998, 62 (Bouman), *TvG*, 1999, 28; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406, *VR*, 1999, 43; Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, *VR*, 1999, 44. Zie over deze rechtspraak Dijk, Ch.H. van, "Proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten vindt navolging", *A&V*, 1999, 37-41.
5. Ktg. Middelburg 1 februari 1999, *NJ* kort 1999, 35, *VR*, 1999, 117, *TvP*, 1999, 44 (Dijk, van), *L&S*, 1999, 16, *TMA*, 1999, 191 (Van). Zie over deze uitspraak Akkermans, A.J., "Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken", *VR*, 1999, 193-197.
6. HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 (PAS), *A&V*, 1998, 24 (Akkermans) Baijings/Mr. H. Zie nader § 3 C.

het gebruik van een proportionele benadering door de Hoge Raad werd toegestaan, zoals bij het verlies van een kans op het afsluiten van een gunstige overeenkomst<sup>7</sup> en bij de belasting met een duurzaam risico op toekomstige zaakschade<sup>8</sup>. En uit het recente arrest Van Sas/Interpolis<sup>9</sup> over de waardering van arbeidsvermogensschade kan naar mijn mening de bevestiging worden afgeleid dat een feitenrechter die, bij de afweging van goede en kwade kansen die hier gebruikelijk is<sup>10</sup>, met betrekking tot een of meer schadeposten expliciet een proportionele benadering hanteert, niet door de Hoge Raad zal worden teruggefloten.

In de doctrine wordt het proportionaliteitsprincipe uiteenlopend gewaardeerd. Waren het aanvankelijk vooral voorstanders van proportionele aansprakelijkheid die van zich lieten horen<sup>11</sup>, sinds de rechtspraak in een stroomversnelling kwam roeren zich ook enkele tegenstanders<sup>12</sup>. Voor Peepkorn is met name de toepassing van het proportionaliteitsprincipe bij medische fouten de steen des aanstoots<sup>13</sup> en tegen de toepassing bij longkanker die kan zijn veroorzaakt door roken en/of door asbest wordt bezwaar gemaakt door Van Maanen<sup>14</sup>. Van beide critici zijn in dit boek bijdragen opgenomen.

De opzet van deze bijdrage is tweeledig. Eerst zal ik in § 2 ingaan op de toelaatbaarheid van een proportionele benadering. Daarbij zal ik mij beperken tot wat ik zie als de belangrijkste achterliggende theoretische kwestie die voor- en tegenstanders van proportionele aansprakelijkheid verdeeld houdt, namelijk de vraag hoe het recht kan en moet omspringen met hypothetische 'feiten', hetzij in het kader van de causaliteitsvraag, hetzij bij de bepaling van de omvang van schade<sup>15</sup>. Naar mijn me-

7. HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456 Heesch/Reijs. Zie nader § 3 E.

8. HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 466 Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek. Zie nader § 3 I.

9. HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437 (CJHB). Zie nader § 3 G.

10. Vgl. art. 6:105 BW.

11. Zie bijvoorbeeld Stolker, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, diss., Deventer, 1988, 121 e.v.; Faure, M., *(G)een schijn van kans*, oratie UM, Antwerpen, 1993; Frenk, N., "Toerekening naar kansbepaling", *NJB*, 1995, 482-491; Ridder, M. de, "Kansverlies bij medische aansprakelijkheid", *AA*, 1995, 548-554; Brunner, C.J.H., "Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?", *AA*, 1995, 932-941; Van, A.J., *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss., Arnhem, 1995; Akkermans, A.J., "Statistisch causaliteitsbewijs bij toxische schadeveroorzaking", *VA*, 1995, 44-45, alsmede *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss., Deventer, 1997.

12. Reeds voordien kwam met bezwaren - vooral gebaseerd op de toepassing van statistische gegevens - Kerkmeester, H.O., in zijn boekbespreking van de oratie van Faure in *TMA*, 1994, 45-48, waartegen Akkermans, A.J., o.c., diss. 305 e.v. Over proportionele aansprakelijkheid als zodanig oordeelt Kerkmeester (inmiddels?) positief. Zie Kerkmeester, H.O., "De terugkeer van het bemiddelend vonnis: de doctrine van het kansverlies bij medische aansprakelijkheid", *NJB*, 1998, 435-441.

13. Zie Peepkorn, D., "Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade", *VR*, 1998, 321-324 alsmede de bijdrage van Peepkorn in dit boek.

14. Zie diens bijdrage in dit boek.

15. Voor een tegenspraak van andere punten van kritiek zie Akkermans, A.J., "Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?", *VR*, 1999, 65-69 alsmede "Proportionele

ning is de kritiek van Van Maanen uiteindelijk op deze kwestie terug te voeren, en ook de kritiek van Peeperkorn hangt ermee samen. In dat opzicht bestaan opvallende overeenkomsten met de bezwaren die wel tegen proportionele oplossingen zijn aangevoerd in landen als Frankrijk, Engeland en Canada<sup>16</sup>.

Nadat aldus de theorie aan bod is gekomen zal ik in § 3 de praktijk van proportionele aansprakelijkheid bespreken door een overzicht te geven van huidige en mogelijke toekomstige toepassingen van het proportionaliteitsprincipe in de praktijk. Ik bespreek de proportionele benadering bij beroepsfouten van de arts (§ 3 B), van de advocaat (§ 3 C) en van de notaris (§ 3 D), bij het verlies van een kans op het afsluiten van een contract (§ 3 E), bij werkgeversaansprakelijkheid (§ 3 F), bij het begroten van arbeidsvermogensschade (§ 3 G), bij het predispositie-leerstuk (§ 3 H) en bij schadevergoeding voor risico's (§ 3 I). Ik sluit af met een conclusie (§ 4).

Opgemerkt zij nog dat het onderwerp van bespreking in beide gedeelten van mijn bijdrage is beperkt tot individuele gevallen van 'causaliteitsonzekerheid' in enge zin, dat wil zeggen individuele gevallen waarin niet zeker is of de benadeelde door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis inderdaad schade heeft geleden, dan wel of zijn schade wel door die gebeurtenis werd veroorzaakt. Casusposities waarin het gaat over de veroorzaking van deelschade (zoals in het Kalimijnen-arrest)<sup>17</sup> of over massaschade (zoals in het DES-arrest)<sup>18</sup> blijven hier buiten beschouwing.

## § 2. De toelaatbaarheid van een proportionele benadering

### A. 'EEN BEETJE ZWANGER': DE RUIME EN DE BEPERKTE OPVATTING

Zoals Hartlief in zijn introducerende bijdrage in dit boek op heldere wijze uiteenzet, is proportionele aansprakelijkheid een benadering van verschillende problemen van onzekerheid die onder diverse juridische noemers aan de orde kunnen komen. Welke juridische verpakking een concreet probleem krijgt hangt mede af van de wijze waarop partijen zich tegen elkaars stellingen verweren. In de regel komen twee soorten juridische verpakkingen voor: die als schadeprobleem en die als causaliteitsprobleem. In het buitenland is dat niet anders<sup>19</sup>. Dat maakt de discussie over de toelaatbaarheid van proportionele aansprakelijkheid er niet toegankelijker op.

Een van de dingen die opvalt wanneer men zich verdiept in de verschillende standpunten in deze discussie is dat het spreken van 'voor- en tegenstanders' eigenlijk te

aansprakelijkheid bij personenschade", in *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Inleidingen LSA 2000, Lelystad, 2000, 25-39.

16. Zie voor een overzicht van deze bezwaren en een kritische bespreking daarvan Akkermans, A.J., o.c., diss. 125 e.v. resp. 193 e.v.
17. HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 (JHN en JCS).
18. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (CJHB).
19. Zie Akkermans, A.J., o.c., diss. 107 e.v.

schematisch is. Zowel in Nederland als daarbuiten gaan de discussies over proportionele benaderingen, anders dan soms lijkt, niet over de principiële toelaatbaarheid daarvan, maar over de omvang van het gebied waar die benaderingen toelaatbaar zijn. Voorzover ik kan nagaan stelt geen enkele schrijver dat proportionele oplossingen in geen enkele context aanvaardbaar zouden zijn - een standpunt waarmee men het zichzelf ook bepaald niet makkelijk zou maken, want een proportionele benadering als het verlies van een kans wordt internationaal gezien algemeen geaccepteerd en heeft onder meer haar weg gevonden naar de Unidroit *Principles for International Commercial Contracts*<sup>20</sup>. Al suggereren de gebruikte bewoordingen vaak anders, als men zich verdiept in wat de critici wél toelaatbaar achten, blijkt de eigenlijke inzet van de discussie steeds de vraag te zijn of aan de proportionele benadering een ruime, dan wel een meer beperkte toepasbaarheid toekomt. In zoverre lijkt het juister om niet te spreken van 'voor- en tegenstanders', maar van 'de ruime en de beperkte opvatting'.

Het verschil tussen de ruime en de beperkte opvatting over de toelaatbaarheid van de proportionele benadering hangt doorgaans direct of indirect samen met het verschil tussen een benadering van de problematiek als schadeprobleem of als causaliteitsprobleem. In de ruime opvatting gaat het hier om niet meer dan twee verschillende verpakkingen van in wezen dezelfde problematiek. Dat verschil in verpakking rechtvaardigt geen onderscheid in oplossing. Of het probleem zich nu aandient als een schadeprobleem of als een causaliteitsprobleem, in beide gevallen kan een proportionele benadering uitkomst bieden.

De beperkte opvatting gaat er steeds vanuit dat een proportionele aanpak voor (bepaalde) problemen van schade toelaatbaar is, maar voor (bepaalde) causaliteitsproblemen niet. Daarbij bestaan echter uiteenlopende ideeën over wanneer er sprake is van schadeproblemen die proportioneel mogen worden aangepakt, en wanneer van causaliteitsproblemen die moeten worden opgelost volgens het alles of niets. Zo vindt Van Maanen dat een proportionele benadering "*een goed instrument (lijkt) om de omvang van de schade vast te stellen*" bij de fout van een advocaat die verzuimt tijdig appèl aan te tekenen en bij de fout van een medicus die een ziekte niet tijdig diagnosticeert<sup>21</sup>. Maar bij longkanker die kan zijn veroorzaakt door asbest en/of door roken zou het gaan om een vraag van primair causaal verband die slechts met ja of nee kan worden beantwoord. In dat laatste geval komt een proportionele oplossing neer op "*een beetje causaal verband*", aldus Van Maanen, en dat kan net zo min als "*een beetje zwanger zijn*."<sup>22</sup>

Peeperkorn legt de grens tussen wel en niet voor een proportionele oplossing geëigende problemen weer anders. Bij het verlies van de kans om een schoonheids-

20. Artikel 7.4.3. sub (2) luidt: "Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence."

21. Zie zijn bijdrage in dit boek, § 1.

22. Zie zijn bijdrage in dit boek, § 1.

wedstrijd te winnen, zoals in de Engelse uitspraak *Chaplin v Hicks*<sup>23</sup>, is de toekenning van een proportionele schadevergoeding "*het gepaste antwoord op een zeldzaam probleem*", aldus Peepkorn, dat zich echter niet laat transponeren naar personenschade en de daar spelende problemen van onzeker causaal verband<sup>24</sup>. Ook tegen een proportionele oplossing bij de beroepsfout van een advocaat lijkt Peepkorn geen principiële bezwaren te hebben<sup>25</sup>. Maar een prominent verschil met de opvatting van Van Maanen betreft het terrein van de medische fouten. Volgens Van Maanen gaat het hier om een schadeprobleem waarvoor een proportionele benadering een goed instrument kan zijn, volgens Peepkorn gaat het hier om een causaliteitsprobleem waarbij een proportionele aanpak uit den boze is.

De gedachte dat de toelaatbaarheid van een proportionele benadering afhankelijk is van de kwalificatie van het betreffende probleem als een van schade of als een van causaliteit, leeft ook wel in andere rechtsstelsels. In de veel geciteerde Engelse uitspraak over de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans bij medische fouten, *Hotson v East Berkshire Health Authority*<sup>26</sup>, achtte het *High Court* deze kwalificatie doorslaggevend:

"In the end the problem comes down to one of classification. Is this on true analysis a case where the plaintiff is concerned to establish causative negligence or is it rather a case where the real question is the proper quantum of damage? Clearly the case hovers near the border. Its proper solution in my judgement depends on categorising it correctly between the two."<sup>27</sup>

Het *High Court*, daarin gevolgd door het *Court of Appeal*<sup>28</sup>, nam uiteindelijk aan dat het om een schadeprobleem ging, en achtte toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans toelaatbaar, het *House of Lords* volgde deze redenering niet en wees deze toepassing af<sup>29</sup>. Ook in Frankrijk wordt wel een dergelijk onderscheid gemaakt. Zo bespreken auteurs als Viney en Bénabent het leerstuk van *la perte d'une chance* in het algemeen onder de noemer 'schade', en de toepassing van dit leerstuk bij medische fouten - in de Franse rechtspraak reeds tientallen jaren gesneden koek - onder de noemer 'causaal verband'.<sup>30</sup>

23. (1919) 2 K.B. 786 (C.A.); (1911-13) All E.R. 224. Zie Akkermans, A.J., o.c., diss., 137.

24. Zie Peepkorn, D., l.c., 1998, 322 linker kolom.

25. Peepkorn, D., l.c., 1998, voetnoten 2 en 29.

26. (1987) AC 750; (1987) 3 W.L.R. 232; (1987) 2 All E. R. 909 (HL).

27. *Hotson v. Fitzgerald and others* (1985) 3 All E. R. 167 (HC), 175 sub f.

28. *Hotson v. East Berkshire Health Authority* (1987) 2 W.L.R. 287; (1987) 1 All E. R. 210 (CA).

29. Zie voor een kritische analyse van deze beslissing, Akkermans, A.J., o.c., diss. 200-204.

30. Zie Viney, G. et Jourdain, P., *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, 2e ed., Paris, 1998, nrs. 278-284 (algemeen) en 370-373 (medische fouten); Bénabent, A., *Droit Civil, Les obligations*, Paris, 1989, nr. 500 (algemeen) en nr. 406 (medische fouten).

## B. SCHADE EN CAUSALITEIT: UITWISSELBARE PERSPECTIEVEN

Zoals ik in mijn dissertatie heb getracht aan te tonen is de opvatting dat het toepassingsgebied van een proportionele benadering afhangt van de juiste kwalificatie van het probleem (schade of causaliteit) niet houdbaar<sup>31</sup>. Deze opvatting gaat namelijk uit van een objectief onderscheid tussen vragen van schade en van causaal verband dat, *althans bij de problemen van onzekerheid waar het hier over gaat*, in werkelijkheid geen houvast biedt. Dat hangt samen met de omstandigheid dat schade een causaal element bevat. Hier is nadrukkelijk op gewezen door Bloembergen:

"Schade is een *causaal* begrip. Daarmee bedoel ik, dat de schade niet te omschrijven is zonder uitdrukkelijk of stilzwijgend in de omschrijving op te nemen, dat zij door een bepaalde gebeurtenis veroorzaakt is. Schade is altijd het gevolg van een zekere gebeurtenis; het is een - nadelige - verandering, die er zonder invloed van die gebeurtenis niet zou zijn geweest. (...) Het is vooral goed zich dit causale karakter van het schadebegrip voor ogen te houden, als er naast de onrechtmatige daad nog een andere schadetoebrengende gebeurtenis in het spel is. Men kan dan vaak tweeërlei redeneermethode volgen. In de eerste plaats kan men als uitgangspunt nemen, dat er schade geleden is en zich vervolgens afvragen, wat nu de oorzaak van die schade is: de onrechtmatige daad of de andere gebeurtenis. Men kan zich echter ook vragen: is er wel schade geleden, want zou precies dezelfde situatie niet zonder de onrechtmatige daad ook ontstaan zijn. Een voorbeeld ter verduidelijking: Als het gaat om de vaststelling van de schade, die het gevolg is van een onrechtmatig beslag op een schip, kan als verweer worden gevoerd, dat dit schip toch niet zou zijn gebruikt, bijv. omdat het gerepareerd moest worden. Dit verweer nu kan ingekleed worden in de vorm: er is geen stilligschade, want het schip zou toch niet gevaren hebben, maar ook in de vorm: het causaal verband tussen onrechtmatig beslag en stilligschade ontbreekt, want zonder dat beslag zou het schip ook stil gelegen hebben."<sup>32</sup>

Het inzicht dat Bloembergen hier onder woorden brengt is fundamenteel. Met enige goede wil kan *elke* casus waarin de hier besproken soort onzekerheid speelt en waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, worden geformuleerd als een kwestie van causaal verband *en* als een kwestie van schade, zij het dat het een soms meer voor de hand lijkt te liggen dan het ander. Het voorbeeld van Bloembergen over de stilligschade kan worden geëxtrapoleerd naar alle casusposities die thans in de Nederlandse literatuur ter discussie staan. Bij de fout van de ad-

31. Akkermans, A.J., o.c., diss. 193 e.v., i.h.b. 206-207.

32. Bloembergen, A.R., *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss., Deventer, 1965, 14-15. Zie over het causale karakter van het begrip schade voorts Ronse, J., *Schade en schade-loosstelling*, 2e druk, Gent, 1984, nr 22.

vocaat die verzuimt tijdig appèl aan te tekenen kan het verweer luiden: er is geen schade, want de cliënt zou het appèl toch nooit gewonnen hebben, maar ook: het causaal verband tussen de fout en de schade ontbreekt, want ook zonder de fout zou de cliënt nooit gelijk gekregen hebben. Bij de fout van de medicus die een ziekte niet tijdig diagnosticeert kan het verweer luiden: er is geen schade, want de patiënt zou toch niet genezen zijn, maar ook: het causaal verband tussen fout en schade ontbreekt, want zonder de fout zou de schade ook zijn ingetreden. En bij longkanker die kan zijn veroorzaakt door asbest en/of door roken kan het verweer luiden: er is geen schade, want de werknemer zou door het roken sowieso longkanker hebben gekregen, maar ook: het causaal verband tussen asbestblootstelling en longkanker ontbreekt, want zonder de asbestblootstelling zou de longkanker sowieso zijn ontstaan.

Hiermee is niet gezegd dat tussen deze casusposities geen enkel relevant verschil zou bestaan, en dat elk onderscheid tussen de verschillende rechtsgebieden waarop een proportionele benadering kan worden toegepast uitsluitend een kwestie van perspectief is. Wat ik hiermee wil zeggen is slechts dat in de besproken casusposities niet een zodanig objectief en fundamenteel onderscheid kan worden gemaakt tussen problemen van schade en van causaal verband dat dit het voorgestelde verschil in rechtsgevolg - proportionele oplossing categorisch toelaatbaar of niet - zou kunnen rechtvaardigen.

Voor de Nederlandse discussie over de toelaatbaarheid van een proportionele benadering zou het goed zijn wanneer zij zich boven de kwalificatievraag 'schade of causaliteit' zou verheffen. Anders dreigt eenzelfde soort patstelling als in Frankrijk, waar voor- en tegenstanders van de toepassing van *la perte d'une chance* bij medische fouten al decennia langs elkaar heen praten omdat ieder van hen *kan* zien wat hij *wil* zien: of een vraag van causaal verband op de voorgrond treedt, of een van schade, wordt uiteindelijk slechts bepaald door de gekozen invalshoek. En in Engeland heeft de dwaalredenering van het *House of Lords* in *Hotson* ertoe geleid dat de doctrine met lege handen staat als zij het onderscheid probeert te verklaren met uitspraken waarin het leerstuk van *loss of chance* wél toepasselijk werd geacht, zoals duidelijk blijkt aan het slot van de bijdrage van Rogers aan dit boek.

### C. DE GEMEENSCHAPPELIJKE FACTOR: VERGELIJKING VAN DE WERKELIJKE SITUATIE MET EEN HYPOTHETISCHE

Bij de problemen van onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, zijn schade en causaliteit dus niet meer dan in principe uitwisselbare perspectieven. Zoals Hartlief terecht signaleert is dit onderscheid in juridische verpakking van de problematiek veelal het resultaat van de wijze waarop partijen zich tegen elkaars stellingen verweren. De vraag rijst waarom de tegenstanders van een ruime toepassing van het proportionaliteitsprincipe zich überhaupt op dit



- in deze context<sup>33</sup> - zo betrekkelijke onderscheid beroepen. Het antwoord ligt in de verschillende wijze waarop de traditionele juridische dogmatiek aankijkt tegen het bewijs van de hypothetische situatie waarmee, zowel voor de vaststelling van schade als voor de vaststelling van causaal verband, de werkelijke situatie moet worden vergeleken.

Dat bij de vaststelling van schade een hypothetisch element in het spel is, is als zodanig een open deur. Ik laat opnieuw Bloembergen aan het woord:

"Om een zuiver beeld te krijgen moeten wij dus niet vergelijken met de toestand, zoals die zonder de onrechtmatige daad *was*, maar met de toestand, zoals die zonder de onrechtmatige daad *zou zijn geworden*. Die toestand bestaat niet werkelijk, maar als hypothese, als veronderstelling van ons denken, als fictie; daarom kunnen we zeggen, dat het schadebegrip een hypothetisch of fictief element bevat. Dit gezichtspunt heeft in de gewone gevallen van verlies en zaaksbeschadiging doorgaans praktisch niets te betekenen, omdat de hypothetische toestand niet verschilt van de werkelijke toestand vóór de onrechtmatige daad: we plegen voetstoots aan te nemen, dat de aangereiden auto zonder onrechtmatige daad niet beschadigd zou zijn. Anders is het als de schade bestaat in het missen van een voordeel, dat men zonder de onrechtmatige daad verworven zou hebben, waarbij men bijv. kan denken aan het derven van winst door oneerlijke concurrentie, aan het derven van inkomen als gevolg van verwonding of doodslag of aan het derven van het voordeel van een gewonnen proces, dat men door de onrechtmatige daad verloren heeft. Hier gaan we er juist van uit, dat de toestand niet stationair gebleven zou zijn. Hier moeten wij dus ter bepaling van de omvang van de schade vaststellen, hoe de - hypothetische - ontwikkeling geweest zou zijn, als de onrechtmatige daad niet had plaatsgevonden."<sup>34</sup>

Bloembergen spreekt hier over het missen van een voordeel, maar ook bij gevallen van verlies kunnen hypothetische ontwikkelingen een rol spelen, namelijk wanneer naast de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis nog andere factoren in het spel zijn die mogelijk een bepaalde invloed op de toestand van de benadeelde zouden hebben uitgeoefend. Niet de kwalificatie 'gederfde winst of geleden verlies' is daarvoor maatgevend, maar de vraag of de toestand van de benadeelde zoals die was ten tijde van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, zonder die gebeurtenis stationair gebleven zou zijn of niet.

33. In het algemeen is het onderscheid tussen schade en causaliteit uiteraard wél uiterst zinvol. Slechts op het hier besproken terrein van onzekerheid overlappen beide leerstukken elkaar zodanig dat dit onderscheid maar betrekkelijk is.

34. Bloembergen, A.R., *o.c.*, 17-18; Vgl. Barendrecht, J.M. en Storm, H.M., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995, 13 en Ronse, J., *o.c.*, nr 22.

Typerend voor de casusposities waarin proportionele aansprakelijkheid zich als een mogelijke oplossing aandient is dat deze toestand *niet* stationair zou zijn gebleven, althans dat onzekerheid bestaat over hoe deze toestand zou zijn geweest. Bij de fout van de advocaat die verzuimt tijdig appèl aan te tekenen, moet de werkelijke situatie - het vonnis in eerste aanleg heeft kracht van gewijsde gekregen - niet worden vergeleken met de historische situatie van vóór de fout - toen het appèl nog kon worden ingesteld - maar geeft alleen een vergelijking met de hypothetische situatie dat het appèl wel zou zijn ingesteld én de procedure in hoger beroep zou zijn gevoerd, uitsluitel over de vraag of door de fout schade werd veroorzaakt. Bij de fout van de medicus die een ziekte niet tijdig diagnosticeert, moet de werkelijke situatie - de ziekte heeft fatale gevolgen gekregen - niet worden vergeleken met de historische situatie van vóór de fout - toen de fatale gevolgen van de ziekte zich nog niet hadden gerealiseerd - maar geeft alleen een vergelijking met de hypothetische situatie dat de diagnose wel tijdig zou zijn gesteld én adequate behandeling daarop was gevolgd, uitsluitel over de vraag of door de fout schade werd veroorzaakt. En ook bij de werknemer die werd blootgesteld aan asbest, moet de werkelijke situatie - de werknemer heeft longkanker gekregen - niet worden vergeleken met de historische situatie van vóór de blootstelling - toen de werknemer nog jong en gezond was - maar geeft alleen een vergelijking met de hypothetische situatie dat de werknemer zijn huidige leeftijd zou hebben bereikt zonder te zijn blootgesteld aan asbest, uitsluitel over de vraag of door de blootstelling schade werd veroorzaakt.

Bij de problemen van onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, moet voor het vaststellen van de schade dus niet worden vergeleken met een historische, maar altijd met een hypothetische situatie: het is juist deze 'vergelijkingshypothese' waarover de onzekerheid bestaat.

Precies hetzelfde doet zich voor bij causaal verband. Dat ook bij de vaststelling van *conditio sine qua non*-verband een hypothetisch element in het spel is, is een omstandigheid waarvan men zich minder algemeen rekenschap lijkt te geven dan bij schade. Vaststelling van *conditio sine qua non*-verband geschiedt in beginsel door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis weg te denken, en na te gaan of de schade in die hypothetische situatie wel of niet zou zijn ingetreden<sup>35</sup>. Net als bij het vaststellen van schade geldt ook hier dat die hypothetische situatie in eenvoudige gevallen, bijvoorbeeld van zaaksbeschadiging, niet verschilt van de historische toestand vóór de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Zo zal men in de regel zonder meer kunnen aannemen dat de schade aan een aangereden auto zonder de aanrijding niet zou zijn ontstaan. Maar ook hier geldt dat dit anders is bij de problemen van onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing

35. Dit is een vereenvoudigde voorstelling van een leerstuk dat in werkelijkheid aanmerkelijk ingewikkelder is. Zie Akkermans, A.J., "Oorzakelijk verband", in Franke, M.E. e.a. (red.), *Onrechtmatige daad*, BW-Krant Jaarboek, 1996, Deventer, 1996, 39-65; *Schadevergoeding* (Boonekamp) art. 98 aant. 18-23.

kan zijn. In die situaties kan er *niet* vanuit worden gegaan dat de hypothetische situatie zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis stationair zou zijn gebleven. Bij de fout van een advocaat die verzuimt tijdig appèl aan te tekenen, bij een medicus die een ziekte niet tijdig diagnosticeert, en bij een werknemer met longkanker die werd blootgesteld aan asbest, telkens moet voor de vaststelling van het *conditio sine qua non*-verband de werkelijke situatie niet worden vergeleken met de historische situatie van vóór de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, maar geeft alleen een vergelijking met de hypothetische situatie die uiteindelijk zou zijn ontstaan als die gebeurtenis zich niet had voorgedaan, uitsluitsel over de vraag of de schade door die gebeurtenis werd veroorzaakt of dat zij zonder deze gebeurtenis óók zou zijn ontstaan.

Bij de problemen van onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn moet dus ook voor het vaststellen van het *conditio sine qua non*-verband, net als voor het vaststellen van de schade, niet worden vergeleken met een historische, maar met een hypothetische situatie. Of men deze problemen nu benadert als een schadeprobleem of als een probleem van causaal verband, de onzekerheid schuilt in dezelfde vergelijkingshypothese: de situatie die zou zijn ontstaan als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zich niet had voorgedaan.

Het is opmerkelijk dat Peeperkorn zich dit hypothetische karakter van de voor het vaststellen van causaal verband relevante gebeurtenissen niet realiseert. Peeperkorn stelt integendeel dat het bij *conditio sine qua non*-verband, de zogenaamde 'vestigingsfase' van de causaliteit, gaat om een onderzoek van historische feiten. Dit in tegenstelling tot de 'omvangsfase' van de causaliteit, waarbij het zou gaan om toekomstige feiten. Hij illustreert dit met de vraag van Pascal, die zou hebben gezegd dat als de neus van Cleopatra korter zou zijn geweest, de wereld er anders zou hebben uitgezien:

"Het verhaal wil immers dat Marcus Antonius te laat kwam voor de beslissende slag met zijn tegenstander, Octavianus, omdat hij te lang in de armen van Cleopatra had verweild. Het begroten van toekomstige schade kan worden vergeleken met het zoeken naar een antwoord op de vraag van Pascal. Zoals we nimmer zullen weten hoe de geschiedenis zich zou hebben ontwikkeld als Cleopatra geen *femme fatale* was geweest, zo zullen we nimmer weten hoe de loopbaan van de gekwetste zich zonder ongeval zou hebben ontwikkeld. We zullen het moeten doen met een prognose op grond van redelijke aannames. Maar bij een onderzoek naar c.s.q.n.-verband gaat het om een onderzoek van historische feiten: wat is het verband tussen fout en schade? In mijn voorbeeld: welke rol speelde de neus van Cleopatra bij de late aankomst van Marcus Antonius op het slagveld? Die feiten lenen zich, in beginsel, voor historisch onderzoek."<sup>36</sup>

36. Zie de bijdrage van Peeperkorn in dit boek, § 3.

Peeperkorn zet de lezer hier op het verkeerde been. De onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, kan, zoals gezegd, juist *niet* door historisch onderzoek worden opgelost, omdat de historische toestand van vóór de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet stationair zou zijn gebleven, althans omdat onzeker is hoe deze toestand zich zou hebben ontwikkeld. In het voorbeeld van Cleopatra doet zich een dergelijk probleem van onzekerheid voor indien niet vast zou staan dat de onweerstaanbaarheid van haar reukorgaan (de 'fout') de oorzaak was van de nederlaag van Marcus Antonius (de 'schade'), bijvoorbeeld omdat Marcus Antonius, ook wanneer hij wél tijdig op het slagveld zou zijn aangekomen, mogelijk evenzeer het onderspit tegen Octavianus zou hebben gedelfd. Dan helpt het niets dat in beginsel aan de hand van historisch onderzoek kan worden vastgesteld dat Cleopatra's neus Marcus Antonius te laat deed arriveren, maar is het onontkoombaar om een vergelijking te maken met de hypothetische geschiedenis zoals die zich zou hebben ontwikkeld als Marcus Antonius zich tijdig aan het hoofd van zijn troepen zou hebben gesteld. Alleen een vergelijking met het hypothetische verloop dat de slag tegen Octavianus dan zou hebben gehad kan uitsluitsel geven over de vraag of de nederlaag door Cleopatra's neus werd veroorzaakt, of dat zij zonder haar kwaliteiten als *femme fatale* óók zou zijn geleden. Precies die onmogelijke opgave dus, waarvoor men volgens Peeperkorn alleen bij het begroten van toekomstige schade wordt gesteld.

Peeperkorn stelt in zijn voorbeeld de verkeerde vraag. Het probleem is niet om vast te stellen dat Marcus Antonius door de charmes van Cleopatra te laat op het slagveld arriveerde, evenmin als dat het het probleem is om vast te stellen dat het hoger beroep door de fout van de advocaat te laat werd ingesteld en dat de patiënt door de gemiste diagnose te laat werd behandeld. In de situaties waar het bij proportionele aansprakelijkheid om gaat, is het een probleem om vast te stellen of door de betreffende historische omstandigheid de schade werd veroorzaakt, dan wel dat zij zonder die omstandigheid óók zou zijn geleden. En daarvoor moet onontkoombaar worden vergeleken met hypothetische situaties die zich nooit in werkelijkheid hebben voorgedaan, zoals de afloop van de veldslag als Marcus Antonius wel tijdig zou zijn gearriveerd, de afloop van het hoger beroep als het wel tijdig zou zijn ingesteld, en de ontwikkeling van de gezondheidstoestand van de patiënt als deze wel tijdig zou zijn behandeld. Hypothetische situaties die zich niet lenen voor historisch onderzoek, maar waarover men slechts prognoses kan maken op grond van redelijke aannames.

#### D. HOW FOOLISH IS THE LAW? HET 'BEWIJS' VAN HYPOTHETISCHE FEITEN

Bij de problemen van onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, moet dus niet worden vergeleken met een historische, maar met een hypothetische situatie, ongeacht of men de kwestie benadert als een schadeprobleem dan wel als een causaliteitsprobleem. Het is juist deze vergelijkingshypothese waarover de onzekerheid bestaat. Dit heeft grote consequenties voor de mogelijk-

heid tot het leveren van bewijs. Historische gebeurtenissen hebben plaatsgevonden of hebben dat niet. Dat is zuiver een kwestie van waarheidsvinding. Maar het is niet mogelijk om een hypothetische situatie vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werkelijk heeft plaatsgevonden. Bij hypothetische gebeurtenissen gaat het niet om 'feiten' die in principe kunnen worden 'bewezen', maar slechts om veronderstellingen die slechts meer of minder aannemelijk kunnen worden gemaakt.

Aan deze beperkte bewijsbaarheid van de vergelijkingshypothese wordt in de traditionele juridische dogmatiek het nodige recht gedaan wanneer het gaat om het vaststellen van schade, met name wanneer het toekomstige schade betreft. "Kan de omvang van een schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat", zo komt artikel 6:97 aan mogelijke bewijsproblemen tegemoet. En artikel 6:105 bepaalt dat de begroting van nog niet ingetreden schade kan geschieden "na afweging van goede en kwade kansen."

In het Engelse recht is de onmogelijkheid van het strikte bewijs van toekomstige feiten pregnant onder woorden gebracht door Lord Reid:

"You can prove that a past event happened, but you cannot prove that a future event will happen and I do not think that the law is so foolish as to suppose you can. All that you can do is to evaluate the chance."<sup>37</sup>

Binnen het kader van de schadebegroting is hieruit de consequentie getrokken dat de rechter over historische feiten de knoop moet doorhakken volgens het alles of niets, maar dat hypothetische gebeurtenissen in aanmerking mogen worden genomen naar rato van hun waarschijnlijkheid:

"The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards."<sup>38</sup>

In het kader van de schadebegroting is een proportionele benadering naar Engels recht dan ook volledig aanvaard<sup>39</sup>. Maar dat het hypothetische karakter van de rele-

37. *Davies v Taylor*, 1972, 3 All E.R. 836, op 838 sub h.

38. *Mallett v McMonagle*, 1969, 2 All E.R. 178 (Lord Diplock op 191).

39. Zie de bijdrage van Rogers in dit boek (§ 4. "Proof and assessment of damages").

vante gebeurtenissen ook bij het vaststellen van causaal verband strikt bewijs onmogelijk maakt, is een inzicht waaruit de Engelse rechter tot dusver niet dezelfde consequentie heeft getrokken.

Ook in Nederland geeft de traditionele dogmatiek zich opvallend minder reenschap van de 'onbewijsbaarheid' van de vergelijkingshypothese wanneer deze de doorslag moet geven voor het vaststellen van *conditio sine qua non*-verband, dan wanneer deze de doorslag moet geven voor het vaststellen van schade. Bij *conditio sine qua non*-verband wordt vaak benadrukt dat het gaat om een feitelijk, niet normatief gegeven. Dit in tegenstelling tot de toerekeningsfase die zuiver normatief zou zijn<sup>40</sup>. Onzekerheid over het *conditio sine qua non*-verband wordt dan gezien als een bewijsvraag over zuiver feitelijke omstandigheden. De rechter moet tijdens een procedure de feiten vaststellen waarop hij het recht toepast. Voorzover deze worden betwist is het een kwestie van bewijs welke versie van de feitelijke gang van zaken als juist heeft te gelden. Zo bezien bestaat bij onzeker *conditio sine qua non*-verband niet meer dan een bepaalde bewijsimpasse waar men aan de hand van de toepasselijke regels van bewijsrecht - zoals over bewijslastverdeling en bewijswaardering - uit moet zien te geraken. Om aan het bestaan van deze bewijsimpasse een oplossing vast te knopen die materieelrechtelijk een geheel andere weg inslaat - proportionele aansprakelijkheid - is aan deze benadering wezensvreemd. Als eiseres stelt dat zij zwanger was, en de gedaagde volhoudt dat dit niet het geval was, dan moet de rechter daarover uiteindelijk toch gewoon de knoop doorhakken, en niet in plaats daarvan beslissen alsof eiseres 'een beetje zwanger' was?

Deze bewijsrechtelijke benadering klinkt duidelijk door in de bijdrage van Van Maanen aan dit boek. Bij schade kunnen volgens Van Maanen kansen worden gewaardeerd door het vaststellen van een percentage, maar bij causaal verband kan dat niet:

"Net zo min als je een beetje zwanger kunt zijn, kan er ook niet een beetje causaal verband aanwezig zijn. De vraag naar het primaire causaal verband is in mijn visie een ja/nee vraag."<sup>41</sup>

Net als Peeperkorn met betrekking tot de neus van Cleopatra, stelt ook Van Maanen hier de verkeerde vraag. De onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, doet zich voor omdat onzekerheid bestaat over de hypothetische situatie waarmee moet worden vergeleken om de causaliteitsvraag te beantwoorden. Het gaat niet over onzekerheid over historische feiten die zich daadwerkelijk hebben voorgedaan - zoals het al of niet zwanger zijn van een bepaalde persoon op een bepaald moment - maar over hypothetische situaties die zich zouden hebben voorgedaan in het geval dat de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Zoals wanneer onzeker is of iemand zwanger zou zijn ge-

40. Zie bijv. *Schadevergoeding* (Boonekamp) art. 98 aant. 4.

41. Zie de bijdrage van Van Maanen in dit boek, § 1.

weest als iets niet had plaatsgevonden dat die zwangerschap onmogelijk maakte. Als een dergelijke hypothese onzeker is kan zij niet door waarheidsvinding worden 'vastgesteld', maar hooguit meer of minder waarschijnlijk worden geacht op basis van beredeneerde prognoses. En dan kan de uitkomst wel degelijk zijn dat zwangerschap 'een beetje' waarschijnlijk zou zijn geweest. *How foolish* zou het niet zijn om te veronderstellen dat dergelijke hypothetische gebeurtenissen vatbaar zijn voor strikt bewijs?

#### E. SCHADE OF CAUSALITEIT: NORMATIEVE BESLISSING ONVERMIJDELIJK

Bij de problemen van onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, zijn schade en causaliteit in principe uitwisselbare perspectieven. Het probleem van onzekerheid betreft één en dezelfde vergelijkings-hypothese, of deze nu inzet van discussie wordt gemaakt in het kader van de vaststelling van de schade of in het kader van de vaststelling van het causaal verband. Bij de fout van een advocaat die verzuimt tijdig appèl aan te tekenen, bij een medicus die een ziekte niet tijdig diagnosticeert, en bij een werknemer met longkanker die werd blootgesteld aan asbest, telkens moet zowel voor de vaststelling van het *conditio sine qua non*-verband, als voor de vaststelling van de schade, de werkelijke situatie worden vergeleken met de hypothetische situatie die zou zijn ontstaan als die gebeurtenis zich niet had voorgedaan. Omdat het hier gaat om een hypothetische situatie, en niet om een historische, is zij niet vatbaar voor strikt bewijs. En omdat zij nu eenmaal onzeker is, kan niet méér worden gedaan dan het op basis van een beredeneerde prognose zo goed of zo kwaad als mogelijk vaststellen van haar waarschijnlijkheid. Dat levert als zodanig geen ja/nee antwoord op, maar slechts een bepaalde waarde op de waarschijnlijkheidsschaal. Die kan nagenoeg nul zijn, of nagenoeg 100%, maar bij de problemen waar het hier over gaat ligt zij altijd ergens daartussen.

Het hierop baseren van een proportionele oplossing vergt een verdergaande aanpassing van de klassieke doctrine wanneer dit gebeurt in de context van de causaliteit dan wanneer dit gebeurt in de context van de schade. Dat komt niet omdat tussen beide invalshoeken objectieve verschillen zouden bestaan<sup>42</sup>, maar omdat de klassieke doctrine zich bij causaliteit minder rekenschap geeft van de 'onbewijsbaarheid' van de vergelijkingshypothese dan bij schade. Toch kan alle gehamer op het 'feitelijke' karakter van de 'primaire' causaliteit niet verhullen dat bij de substantiële onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, ook een

42. Althans: in de hier besproken context bestaan die objectieve verschillen niet. In het algemeen is echter wel begrijpelijk dat de klassieke doctrine zich bij schade meer rekenschap lijkt te geven van de 'onbewijsbaarheid' van de vergelijkingshypothese dan bij causaliteit. Bij de vaststelling van csqn-verband gaat het over ja of nee (althans in de traditionele benadering) terwijl het bij de vaststelling van schade doorgaans gaat over meer of minder, hetgeen de nodige ruimte geeft voor tussenoplossingen waarin onzekerheden worden verdisconteerd. Doorgaans, maar niet altijd: in de hier besproken gevallen gaat het (primaire) over de vaststelling van het bestaan van schade, en ook dat is (in de traditionele benadering) een kwestie van ja of nee.

ja/nee beslissing niet gebaseerd is op achterhaalde feiten. De essentie van de situaties waar het hier om gaat is immers dat de feitelijke gang van zaken niet kan worden achterhaald. Ook een alles of niets-benadering leidt dan nimmer tot een oplossing die werkelijk recht doet aan de feiten, maar slechts tot lapwerk, waarbij normatieve overwegingen de doorslag geven.

Zo pleegt men bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen de bewijslast ten aanzien van het causaal verband om te draaien, omdat de aard van dergelijke normen dat zou rechtvaardigen. Er is voor gepleit deze bewijslastomkering door te trekken naar de schending van medische veiligheidsnormen, een benadering waarvoor ook wel aanknopingspunten bestaan in de rechtspraak<sup>43</sup>. En in het Dicky Trading II-arrest<sup>44</sup> paste de Hoge Raad deze bewijslastomkering toe bij de beroepsfout van een notaris. De reikwijdte van deze bewijslastomkering staat thans ter discussie en zal vermoedelijk binnen afzienbare tijd verder uitkristalliseren in de rechtspraak<sup>45</sup>.

Wie in de hier bedoelde gevallen de bewijslast over het causaal verband inderdaad omkeert, kan wel beweren dat het 'feitelijke' *conditio sine qua non*-verband bij gebreke van tegenbewijs is komen vast te staan, maar dat kan natuurlijk niet verhullen dat de gedaagde aansprakelijk wordt gehouden terwijl in werkelijkheid in het geheel niet vaststaat dat hij de schade veroorzaakte. Formeel wordt daar weliswaar vanuit gegaan, maar dat is de uitkomst van een zuiver normatieve afweging en heeft met het vaststellen van feiten weinig of niets meer te maken. Hetzelfde geldt wanneer wordt besloten de bewijslast *niet* om te draaien, want dat is, in het licht van het alternatief van de bewijslastomkering, evenzeer een normatieve keuze. Bij een bewijsimpasse zoals hier bedoeld, bestaat geen enkele logisch-dwingende reden om de rechter gevangen te houden in het keurslijf van het alles of niets. Gegeven het feit dat normatieve gezichtspunten sowieso de doorslag geven, valt niet in te zien waarom deze niet ook zouden kunnen leiden tot een proportionele oplossing. Omdat het *conditio sine qua non*-verband zich slechts laat uitdrukken in waarschijnlijkheden, ligt een dergelijke beslissing logisch gezien juist het meest voor de hand. Net doen of er tóch knopen kunnen worden doorgehakt, is veel meer in strijd met de 'feiten' dan de openlijke erkenning dat deze feiten ons gewoon in de steek laten, en dit tot uitdrukking laten komen in een proportionele uitkomst.

#### F. DE GERECHTVAARDIGDHEID VAN EEN PROPORTIONELE OPLOSSING

Onder de hier bedoelde omstandigheden weten we dus niet of de benadeelde inderdaad schade heeft geleden, respectievelijk of zijn schade door de fout werd veroorzaakt. Onzeker is of de cliënt het appèl zonder de fout van de advocaat zou hebben gewonnen, of de patiënt zonder de fout van de arts zou zijn genezen, en of de werk-

43. Zie hierna § 3 B.

44. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (WMK).

45. Zie hierna § 3 D.



nemer zonder de blootstelling aan asbest longkanker zou hebben gekregen. We weten het niet en we zullen het ook nooit weten, omdat het afhangt van hypothetische gebeurtenissen die in werkelijkheid niet hebben plaatsgevonden. Het één noch het ander kan worden bewezen, hooguit kan een bepaalde waarschijnlijkheid worden beredeneerd. Onder deze omstandigheden kan het alles of niets lang niet altijd een bevredigende uitkomst bieden. De vordering tot schadevergoeding volledig toewijzen ('alles') doet geen recht aan de reële mogelijkheid dat de schade niet door de fout werd veroorzaakt, en schadevergoeding volledig afwijzen ('niets') doet weer geen recht aan de reële mogelijkheid dat schade wél door de fout werd veroorzaakt. Naar mijn mening is een proportionele aansprakelijkheid dan in beginsel de meest rechtvaardige oplossing. Voor nadere onderbouwing en clausulering van deze opvatting verwijs ik naar eerdere publicaties<sup>46</sup>.

Een proportionele oplossing is ook niet in strijd met enig beginsel van het aansprakelijkheidsrecht. Integendeel, het systeem van het aansprakelijkheidsrecht biedt voor proportionele aansprakelijkheid verschillende solide dogmatische grondslagen, zowel in het kader van de causaliteit als in het kader van de schade.

Door toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans wordt de problematiek benaderd als een geval met een specifiek soort schade. Daarbij wordt geen vergoeding toegekend voor de schade zoals die bij de benadeelde definitief is ingetreden, maar voor de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis verloren kans op het vermijden van die definitieve schade. Zie nader over de theorie van het verlies van een kans de bijdrage van Van Dijk in dit boek<sup>47</sup> alsmede de bijdrage van Faure over het Belgische recht<sup>48</sup>. Het is deze weg die wordt bewandeld in de rechtspraak over fouten van medici en advocaten<sup>49</sup>. Internationaal gezien is dit de meest gebruikte oplossing<sup>50</sup>.

46. Zie in het algemeen Akkermans, A.J., *o.c.*, diss.; over proportionele aansprakelijkheid bij de fout van een advocaat mijn noot bij HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 (PAS) Baaijngs/Mr. H. in *A&V*, 1998, 24 alsmede Akkermans, A.J., "Groen licht voor proportionele schadevergoeding bij beroepsfout advocaat", *NbBW*, 1998, 50-52; bij de fout van een arts mijn noot bij Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1996, 213 Wever/De Kraker in *A&V*, 1996, 67-71 en bij longkanker veroorzaakt door asbest en/of door roken Akkermans, A.J., "Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of door roken", *VR*, 1999, 193-197. Voor een tegenspraak van andere punten van kritiek dan hier besproken zie Akkermans, A.J., "Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?", *VR*, 1999, 65-69 alsmede "Proportionele aansprakelijkheid bij personen-schade", in *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Inleidingen LSA 2000, Lelystad, 2000, 25-39.

47. § 2.

48. § 2.

49. Zie de bijdrage van Van Dijk in dit boek, § 4 en § 6, alsmede Akkermans, A.J., "Proportionele aansprakelijkheid: onbekend maakt onbemind?", *VR*, 1999, 65-69; Ridder, M. de, *l.c.*, 1995; Kerkmeester, H.O., *l.c.*, 1998.

50. Zie Akkermans, A.J., *o.c.*, diss. 107 e.v.

Maar ook in het kader van de causaliteit kan een proportionele uitkomst worden bereikt, namelijk door de (analoge) toepassing van artikel 6:101 ('eigen schuld'), al of niet expliciet in combinatie met artikel 6:99 (alternatieve veroorzaking)<sup>51</sup>. Deze route koos - zij het zonder veel omhaal van woorden<sup>52</sup> - het Kantongerecht Middelburg in Schaier/De Schelde<sup>53</sup>, het vonnis over longkanker die kon zijn veroorzaakt door asbest en/of door roken dat wordt gewraakt door Van Maanen in zijn bijdrage in dit boek<sup>54</sup>. In Oostenrijk is deze benadering geldend recht<sup>55</sup>.

In de praktijk is de keuze tussen beide benaderingen mede afhankelijk van het feitencomplex, dat soms beter aansluit bij de ene benadering en soms bij de andere, en van de wijze waarop de processuele discussie tussen partijen vorm heeft gekregen. In de literatuur is ook nog een derde dogmatische grondslag voor proportionele aansprakelijkheid voorgesteld die een vergaande vernieuwing inhoudt van het causaliteitsleerstuk, namelijk de zogenaamde 'toerekening naar kansbepaling'<sup>56</sup>. Daarbij wordt een proportionele schadevergoedingsplicht rechtstreeks gebaseerd op de toerekening van artikel 6:98. Deze benadering lijkt sterk op een voorstel van de Zwitserse Staatscommissie voor de hercodificatie van het aansprakelijkheidsrecht<sup>57</sup>. Voor een nadere bespreking van deze en de twee eerder genoemde dogmatische grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid verwijs ik korthedshalve naar andere publicaties<sup>58</sup>.

Dat een proportionele oplossing kan worden bereikt langs heel verschillende dogmatische routes beschouw ik bepaald niet als een probleem. Naar mijn mening versterken de verschillende mogelijkheden elkaar alleen maar. Waar de problematiek in essentie dezelfde is, dient de oplossing dat ook te zijn: het loslaten van het alles of niets, en het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid.

51. Zie Akkermans, A.J., o.c., diss. 80 e.v. Instemmend: Bloembergen, A.R., "Boekbespreking A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband", *WPNR* 6279 (1997) 505-508 (op 507); Kortmann, J., "De aangeschoten vogelaar. Over alternatieve causaliteit", *Groninger opmerkingen en mededelingen* nr. 15 (1998) 55-67 (op 60-62). Erg zuinig: Asser-Hartkamp I (11e druk, 2000), nr. 441a.
52. Zie Akkermans, A.J., "Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of door roken", *VR*, 1999, 193-197.
53. Ktg. Middelburg 1 februari 1999, *NJ kort* 1999, 35; *VR*, 1999, 117; *TvP*, 1999, 44 (Dijk, van), *L&S*, 1999, 16, *TMA*, 1999, 191 (Van).
54. Zie nader § 3 F.
55. Zie OGH 4 juni 1993, *EvBl*, 1994/13; OGH 7 november 1995, *JBl*, 1996, 181, waarover Akkermans, A.J. o.c., diss. 35-39. Anderzijds wordt het principe van het verlies van een kans in Oostenrijk tot dusver juist weer niet erkend.
56. Deze term is afkomstig van Frenk, N., *l.c.*, 1995.
57. Zie daarover Akkermans, A.J., o.c., diss. 42-43.
58. Zie Akkermans, A.J., o.c., diss. 431-449 alsmede "Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband" in Boom, W.H. van, e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer, 1997, 105-115.

### § 3. Proportionele aansprakelijkheid in de praktijk

#### A. INLEIDING

Zoals gezegd wint de proportionele benadering in de rechtspraak duidelijk terrein. Van de discussie in de doctrine lijkt de rechter zich niet veel aan te trekken. Door gaans bekreunt hij zich niet of nauwelijks over de dogmatische verankering van de proportionele oplossing waarvoor hij kiest. In dat opzicht is de praktijk, zoals zo vaak, weerbarstiger dan de leer. Een goed praktijkvoorbeeld kan soms ook meer verduidelijken dan uitvoerige theoretische beschouwingen. In het navolgende geef ik een overzicht van de toepassingen van het proportionaliteitsprincipe in de rechtspraak. Daarnaast bespreek ik mogelijke toekomstige toepassingen. Omdat veel rechtspraak ook in de bijdragen van andere auteurs aan dit boek aan de orde komt, houd ik het hier en daar kort.

#### B. BEROEPSFOUTEN VAN DE ARTS

Bij medische fouten is verhoudingsgewijs vaak sprake van onzekerheid over het causaal verband tussen de fout en de bij de patiënt ingetreden schade. Proportionele schadevergoeding pleegt de rechter hier te baseren op het leerstuk van het verlies van een kans<sup>59</sup>. Aan het overzicht van de Nederlandse rechtspraak van Van Dijk in dit boek heb ik weinig toe te voegen. Proportionele schadevergoeding werd toegekend bij diagnosefouten in Hof Amsterdam 4 januari 1996<sup>60</sup> en in Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998<sup>61</sup>. In Rechtbank Middelburg 11 maart 1998<sup>62</sup> ging het om een foute behandeling (verkeerde positionering van de ellepijp na armbreuk) en in de uitspraak van de Geschillencommissie Ziekenhuiswezen van 24 maart 1998<sup>63</sup> ging het om het niet informeren van de patiënt waardoor tijdige diagnose en behandeling werd gemist.

Wat opvalt is dat het kansleerstuk in Nederland nog niet is toegepast in het kader van de *informed consent*-problematiek<sup>64</sup>. Hierbij doet zich haast steevast een causaliteitsprobleem voor<sup>65</sup>. Indien de arts ten onrechte nalaat om de patiënt te wijzen op bepaalde risico's van een behandeling, en zo'n risico zich vervolgens realiseert, staat weliswaar vast dat een fout werd gemaakt, maar is doorgaans verre van zeker dat de patiënt, indien hij de informatie wél zou hebben gekregen, zijn toestemming aan de

59. Zie over dit onderwerp Akkermans, A.J., noot bij Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1996, 213 Wever/De Kraker in *A&V*, 1996, 67-71; Stolker, C.J.J.M., o.c., diss., 121 e.v.; Ridder, M. de, l.c., 1995; Kerkmeester, H.O., l.c., 1998.

60. *NJ* 1996, 213, *VR*, 1997, 162, *A&V*, 1996, 67 (Akkermans), *TvG*, 1997, 58 (Ridder, de), Wever/De Kraker.

61. *NJ* 1999, 406, *VR*, 1999, 43.

62. *NJ* 1999, 41, *VR*, 1998, 170, *TvG*, 1999, 28, *TvP*, 1998, 62 (Bouman).

63. *VR*, 1999, 44.

64. Zie Giesen, I., *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer, 1999, 72 e.v.

65. Zie Giesen, I., o.c., 49.

behandeling zou hebben onthouden. In Frankrijk<sup>66</sup> en België<sup>67</sup> is wel een proportionele vergoeding toegekend voor het verlies van de kans om anders te beslissen dan men deed. In Nederland beperkt de rechter zich tot dusver tot een poging om te bepalen hoe de patiënt zou hebben gehandeld indien hij wél voldoende zou zijn geïnformeerd<sup>68</sup>. In veel gevallen zullen voldoende aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor de conclusie dat de patiënt waarschijnlijk net zo zou hebben gehandeld - of juist anders. In het eerste geval moet het bestaan van causaal verband worden afgewezen, en in het tweede geval worden aangenomen. Blijft echter zodanige twijfel bestaan dat géén van deze beide oplossingen echt bevredigend is, dan staat niets aan de toepassing van het kansleerstuk in de weg<sup>69</sup>. Onder omstandigheden zal daarmee een rechtvaardiger oplossing kunnen worden bereikt dan met de botte bijl van het alles of niets<sup>70</sup>.

Zoals Van Dijk in zijn bijdrage in dit boek aangeeft<sup>71</sup>, is in de literatuur wel bepleit om bij onzeker causaal verband tussen een medische kunstfout en de bij de patiënt ingetreden schade de bewijslast ten aanzien van het *conditio sine qua non*-verband om te keren<sup>72</sup>. Een dergelijke bewijslastomkering is gebruikelijk bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. In het Dicky Trading II-arrest<sup>73</sup> past de Hoge Raad haar toe bij de beroepsfout van een notaris. Dit arrest is in algemene termen geformuleerd en zoals gezegd staat zijn reikwijdte thans ter discussie. Ik bespreek deze kwestie nader in § 3 D over beroepsfouten van de notaris. Op deze plaats is in

66. Cass. Civ. I re, 5 november 1974, *Bull. Civ.*, 1974 I nr. 291, *JCP*, 1974 IV 417.

67. Rb. Leuven 10 feb. 1988, *TBBR*, 1998, 163, zie de bijdrage van Faure in dit boek (§ 4 C). Zie voorts Vansweevelt, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 3e dr., Antwerpen - Apeldoorn, Brussel, 1997, nrs. 417-418, 320-321, en voorts Ridder, M. de, *l.c.*, 550-551.

68. Zie Kastelein, W.R., "Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994-1998", *TvG*, 1998, 134-146.

69. Zie over deze problematiek nader Akkermans, A.J., *o.c.*, diss. 208-213.

70. Een andere oplossing wordt bepleit door Giesen die, in navolging van het Duitse recht, de voorkeur geeft aan een regel die neerkomt op een genuanceerde omkering van de bewijslast (Giesen, I., *o.c.*, 141-145). De nuancering in deze benadering zit met name in de maatstaf van het z.g. 'Entscheidungskonflikt' (waarover Giesen, t.a.p. 54-56).

71. § 4 A.

72. Zie Asser, W.D.H., "Medisch feit en juridische causaliteit", in *Medische en juridische causaliteit*, Inleidingen LSA 1990, Lelystad, 1990, 45-63 (op 54) alsmede Asser, W.D.H., "Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht", *TvG*, 1991, 62-76 (op 75); Beer, J.M., "Medische aansprakelijkheid gezien vanuit de juridische praktijk", in *Aansprakelijkheid voor medische fouten*, Inleidingen LSA 1991, Lelystad, 1991, 1-15 (op 10-12). In dezelfde zin Pals, L.H., "De positie van jurist en medicus bij letselschaden", *Adv.bl.*, 1989, 96 e.v. (op 72). Ook Stolker meent dat een analogie bestaat tussen medische zorgvuldigheidsnormen en verkeers- en veiligheidsnormen. Hij zoekt echter slechts aansluiting voor wat de ruime toerekening van (gevolg)schade betreft, en niet bij de bewijslastomkeer inzake het *conditio sine qua non*-verband. Bij onzeker *conditio sine qua non*-verband bepleit hij de toepassing van het leerstuk van verlies van een kans. Zie Stolker, C.J.J.M., *o.c.*, diss. 127-129.

73. HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (WMK).

dit verband van belang dat bewijslastomkering en proportionele aansprakelijkheid - anders dan wellicht op het eerste gezicht lijkt - uitstekend met elkaar kunnen worden gecombineerd.

In de 'oude' jurisprudentie - van vóór de opkomst van de proportionele aansprakelijkheid - zijn voor bewijslastomkering wel enige aanknopingspunten te vinden. Zo besliste het Hof Amsterdam 13 juni 1985<sup>74</sup> in een geval van te late diagnose dat het op de weg van gedaagde lag om te bewijzen dat de schade ook zou zijn ingetreden wanneer aanstonds de juiste diagnose was gesteld en de nodige maatregelen genomen. De kans op herstel bij tijdige diagnose en behandeling werd in dit geval evenwel "groot" geacht. Van vergelijkbare strekking is Hof Amsterdam 4 april 1985<sup>75</sup>. Het hof baseert de aansprakelijkheid voor een gebitsbeschadiging onder meer op de overweging dat de kans op gebitsbeschadiging zónder fout zeer gering was (37:5387 = ca. 1:145). In Hof Amsterdam 12 februari 1987<sup>76</sup> luidde het oordeel dat "met een redelijke mate van waarschijnlijkheid" causaal verband bestond. Al deze uitspraken laten de nodige ruimte voor de veronderstelling dat het oordeel anders was uitgevallen wanneer de veroorzakingswaarschijnlijkheid minder groot zou zijn geacht<sup>77</sup>. Het alternatief van een proportionele oplossing is in deze beslissingen ook niet meegewogen omdat dit destijds nog niet in beeld was.

Een meer recente uitspraak is Hof Leeuwarden 2 december 1998 (In 't Hout/MCL)<sup>78</sup> waarin het hof de bewijslast terzake van het *conditio sine qua non*-verband omkeert in een geval waar, in strijd met het vigerende protocol, de patiënt bij een operatieve ingreep geen anti-stollingsmiddelen kreeg toegediend. Gedaagden betwisten het causaal verband tussen dit nalaten en de trombose die optrad zowel direct na de operatie, als anderhalf jaar later. Het hof stelt eerst vast dat het protocol het karakter heeft van een veiligheidsnorm:

"Voor het benoemen van enige regel tot "veiligheidsnorm" is niet vereist dat (een aanmerkelijke mate van) zekerheid bestaat dat de naleving van de norm zal leiden tot het uitblijven van het gevaar, waartegen de norm bescherming beoogt te geven. Bepalend (en voldoende) voor het duiden als veiligheidsnorm is dat de norm beoogt bescherming te bieden tegen de gevaren waarop de norm betrekking heeft."

Naar mijn mening is de kwalificatie van het protocol als veiligheidsnorm terecht. Maar het is jammer dat zij met een zo tautologische motivering wordt onderbouwd. Elke norm beoogt immers bescherming te bieden tegen de gevaren waarop zij betrekking heeft. Dat is wat een norm een norm maakt. Waar het om gaat is op *wat*

74. TvG, 1986, 38.

75. TvG, 1985, 54.

76. TvG, 1990, 84.

77. Anders: Pals, L.H., *l.c.*, 72.

78. NJ 2000, 41.

voor gevaren een norm betrekking moet hebben om haar als veiligheidsnorm te kunnen aanmerken<sup>79</sup>.

Vervolgens past het hof de Dicky Trading II-formule toe:

"In gevallen als het onderhavige waarin sprake is van het schenden van een veiligheidsnorm, dient tot uitgangspunt te worden genomen dat, indien door een als tekortkoming aan te merken gedraging een risico terzake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven, terwijl het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan."

Wat er ook precies zij van de reikwijdte van het Dicky Trading II-arrest - met anderen<sup>80</sup> meen ik dat die niet zo ruim kan zijn als de algemene bewoordingen van het arrest lijken te suggereren - tegen bewijslastomkering in een geval als het onderhavige heb ik geen bezwaar, mits als tegenbewijs niet alleen wordt meegewogen het bewijs dat *conditio sine qua non*-verband afwezig is (welk bewijs steevast onmogelijk is), maar ook het bewijs dat een reële kans op deze afwezigheid bestaat, in welk geval een proportionele oplossing is aangewezen<sup>81</sup>.

Aldus wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat de overtreding van de medische veiligheidsnorm wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn, tenzij voldoende aannemelijk is - bij voorkeur op grond van een onpartijdig deskundigenbericht - dat er een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde thuishoort. Wanneer dit 'gedeeltelijk tegenbewijs' wordt geleverd is dat aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen<sup>82</sup>. Of geformuleerd in termen van het verlies van een kans: dit 'gedeeltelijk tegenbewijs' leidt tot het afwijzen van causaal verband met de *definitieve* schade, en het aannemen van causaal verband met de *kans*-schade.

79. Althans: op wat voor gevaren een norm betrekking moet hebben om bij haar schending de bewijslast ten aanzien van het *conditio sine qua non*-verband om te keren.

80. Zie Hartlief in zijn bijdrage in dit boek, § 3 F; Spier, J., Annotatie, *A&V*, 1996, 43; Giesen, I., *o.c.*, 68 e.v. en 122 e.v. Anders: Asser-Hartkamp I (11e druk, 2000), nr. 434 a. Zie nader over deze kwestie hierna § 3 D.

81. Zie over de samenhang tussen proportionele aansprakelijkheid en omkering van de bewijslast Akkermans, A.J., *o.c.*, diss., 393-429; Giesen, I., *o.c.*, 74 e.v. en 126 e.v.

82. Zie Akkermans, A.J., *o.c.*, diss., 424 e.v. en *A&V*, 71 en in dezelfde zin Frenk, N., *l.c.*, 1995, 489. Evenzo, maar in een andere context: Haak, M.F.J., "Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan", *AA*, 1998, 138-147 (op 147). Eveneens voor deze oplossing, Giesen, I., *o.c.*, 126 e.v.

reeds tientallen jaren vaste routine (verwezen zij naar de bijdrage van Faure)<sup>87</sup> en ook in Engeland komt zij regelmatig voor (zie de bijdrage van Rogers)<sup>88</sup>. In Nederland bestaat tot dusver relatief minder rechtspraak waarin een proportionele oplossing wordt gekozen (zie de bijdrage van Van Dijk)<sup>89</sup>. Net als in het buitenland wordt zij wel gebaseerd op het leerstuk van het verlies van een kans.

In Rechtbank Utrecht 28 oktober 1942<sup>90</sup> was de benadeelde door een fout van zijn advocaat niet-ontvankelijk verklaard, en in Rechtbank Zwolle 12 oktober 1994<sup>91</sup> had de advocaat verzuimd tijdig hoger beroep in te stellen. Zoals Van Dijk in zijn bijdrage aangeeft werd in beide gevallen de omvang van de proportionele schadevergoeding - 50% - inadequaat gemotiveerd, want uitsluitend gebaseerd op algemene overwegingen en niet op een onderzoek naar de concrete proceskansen in het betreffende geval.

Een onderzoek naar de concrete proceskansen in het betreffende geval werd wél ingesteld in Hof Den Haag 10 april 1996<sup>92</sup>, waar het ging over het niet tijdig betalen van het griffierecht waardoor de cliënt door de Centrale Raad van Beroep niet-ontvankelijk was verklaard in zijn beroepsprocedure over het intrekken van zijn arbeidsongeschiktheidsuitkering. Het hof kwam tot het oordeel dat het beroep geen reële kans zou hebben gemaakt, en wees de vordering af<sup>93</sup>.

In Rechtbank Amsterdam 30 juli 1997<sup>94</sup> had een advocaat ten onrechte geen inhoudelijk verweer gevoerd tegen de door de werkgever verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst, en de werknemer geadviseerd akkoord te gaan met een vergoedingsvoorstel van de werkgever. De rechtbank oordeelde dat door de fout de kans op het ontvangen van een hogere vergoeding verloren was gegaan, en begrootte de waarde van die kans op f 20.000,--.

Een uitvoerig onderzoek naar de concrete proceskansen in het betreffende geval is te vinden in een bindend advies van 4 november 1999 van H.A. Bouman<sup>95</sup>. In een geval van letselschade door een arbeidsongeval werd de regresvordering van de ziektekostenverzekeraar en de bedrijfsvereniging toegewezen door de rechtbank,

87. § 3 A.

88. § 5.

89. § 6.

90. *NJ* 1943, 231.

91. *Adv. bl.*, 1995, 341 (aldaar ten onrechte aangeduid als Ktr. Zwolle 12 okt. 1994), (Bever-sluis).

92. *A&V*, 1997, 132 (Akker, van den).

93. Voor uitvoerige beschouwingen over proceskansen is geen plaats in kort geding, aldus de Rechtbank Leeuwarden 2 april 1998, *KG*, 1998, 47. Overigens ging het hier om proceskansen in een appèlprocedure die nog wél zou worden gevoerd (en dus niet om 'verloren' proceskansen). Hangende het hoger beroep werd in kort geding een voorschot gevraagd op de schadevergoeding die in eerste instantie was toegekend.

94. Binnenkort gepubliceerd in *VR*, 2000.

95. Binnenkort gepubliceerd in *VR*, 2000.

Het gevolg van deze benadering is dat het in principe de arts is die moet waarmaken dat slechts een proportionele schadevergoeding op zijn plaats is. De arts lijkt voor het dragen van deze bewijslast ook in beginsel de meest gerede partij. In de regel zal hij, beter dan de patiënt, in de gelegenheid zijn om gegevens over prognoses, waarschijnlijkheden en risico's op te sporen en in het processuele debat te (doen) presenteren<sup>83</sup>. Laat hij dit na, dan is hij volledig aansprakelijk. De arts kan dus niet volstaan met, zoals gedaagden in In 't Hout/MCL, alleen maar te stellen dat *conditio sine qua non*-verband tussen fout en schade ontbreekt: hij zal het initiatief moeten nemen voor een wetenschappelijke onderbouwing van (de waarschijnlijkheid van) zijn stelling<sup>84</sup>.

Als 'gedeeltelijk tegenbewijs' is voldoende dat vast komt te staan dat een reële kans bestaat dat de schade ook zonder fout zou zijn ingetreden. Niet is vereist dat op basis van de aangevoerde gegevens een exacte verdelingsmaatstaf kan worden vastgesteld. De rechter kan dat *ex aequo et bono* doen. Ook het bepalen van de mate van 'eigen schuld' in de zin van artikel 6:101 geschiedt zoals bekend aan de hand van kanspercentages die in belangrijke mate op intuïtieve wijze worden gevonden<sup>85</sup>. Dat wordt - terecht - wel bezwaarlijk gevonden, maar niemand grijpt dat aan als argument om het artikel maar helemaal buiten toepassing te laten.

### C. BEROEPSFOUTEN VAN DE ADVOCaat

Wanneer een procedure is mislukt door de beroepsfout van een rechtshulpverlener en de cliënt daarop van hem schadevergoeding vordert ter hoogte van het procesbelang, komt het nogal eens voor dat het moeilijk is om vast te stellen of die schade ook daadwerkelijk ten gevolge van de fout werd geleden. Dat hangt immers af van de uitkomst van de oorspronkelijke procedure, en die werd door de fout juist gefrustreerd. Met name de omstandigheid dat de oorspronkelijke wederpartij niet meer in het processuele debat is betrokken kan het oordeel over de hypothetische uitkomst daarvan nogal speculatief maken<sup>86</sup>. Vanwege deze onzekerheid is toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans bij beroepsfouten van advocaten in België

83. Zie voor een rechtseconomische invalshoek in deze materie, met name de vraag wie in het algemeen tegen de laagste (informatie)kosten bewijs dan wel tegenbewijs kan leveren: Curran, C., "The Burden of Proof and the Liability Rule for Suppliers of Services in the EEC", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 19, 1994, 85-98.

84. Een in de praktijk veel gebruikt verweer luidt primair: *conditio sine qua non*-verband ontbreekt, subsidiair: *conditio sine qua non*-verband is zo onzeker dat slechts een proportionele vergoeding op haar plaats is. Als advocaat van de gedaagde zou ik geen risico's nemen en beide verweren voorzien van een bewijsaanbod dat aan duidelijkheid niets te wensen overlaat.

85. Zie HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400, *VR*, 1998, 28, Terminus/ZAO.

86. Zie over deze problematiek Akkermans, A.J., "Groen licht voor proportionele schadevergoeding bij beroepsfout advocaat", *NbBW*, 1998, 50-52 alsmede Annotatie, *A&V*, 1998, 24-26 en o.c., diss. 114-115; Haak, M.F.J., l.c.; Brunner, C.J.H., "Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?", *AA*, 1995, 932-941; Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P., *Beroepsfouten*, 3e druk, Zwolle, 1995, 91-92; Giesen, I., o.c., 122 e.v.



maar afgewezen door het hof. Het arrest van het hof kreeg kracht van gewijsde. De (belangenbehartiger van) de werknemer en (de AVB-verzekeraar van) de werkgever wilden weten wat de proceskansen van de werknemer zouden zijn geweest indien niet de genoemde regresnemers, maar de werknemer zelf, tegen de werkgever zou hebben geprocedeerd. In het bindend advies worden deze kansen uiteindelijk geschat op 2/3.

Zoals bekend gaf de Hoge Raad in het Baijings-arrest<sup>96</sup> expliciet groen licht voor een proportionele schadevergoeding bij de beroepsfout van een advocaat. Deze had verzuimd om tegen een deelvonnis tijdig hoger beroep in te stellen. Onzeker was of dit hoger beroep succes zou hebben gehad, en derhalve of Baijings door de fout schade had geleden. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

"Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad."

In beginsel moet worden beoordeeld hoe de rechter in het hypothetisch geworden geding had behoren te beslissen, aldus de Hoge Raad, het vergoeden van de verloren proceskansen is een subsidiaire optie. Hiermee volgt de Hoge Raad de conclusie van advocaat-generaal Bakels, die een vergelijkbare verhouding voorstond tussen een aanpak volgens het alles of niets (door hem de 'feitelijke methode' genoemd) en een proportionele benadering (door hem de 'normatieve methode' genoemd):

"feitelijk waar mogelijk, normatief waar nodig, waartoe ik art. 6:97 BW analoog (causaliteit) dan wel rechtstreeks (schadeberekening) toepas. Een feitelijke (alles of niets) benadering is met name mogelijk waar de te beslissen kwestie een rechtsvraag is en/of over de feiten in de oorspronkelijke procedure geen geschil meer bestond. Aan de normatieve benadering is meer behoefte naarmate over de feiten minder duidelijkheid bestaat en/of het gemis van de verdere inbreng van de oorspronkelijke tegenpartij in de aansprakelijkheidsprocedure zwaarder weegt."

Terecht merkt Bakels op dat het mogelijk is om het oorspronkelijke geschil te beslechten waar de te beslissen kwestie een rechtsvraag is en/of over de feiten geen geschil meer bestond<sup>97</sup>, maar deze situatie lijkt mij eerder uitzondering dan regel<sup>98</sup>. En zelfs wanneer het op het eerste gezicht *lijkt* dat alle relevante feiten in confesso

96. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (PAS), A&V, 1998, 24 (Akkermans) J. Baijings/Mr. H.

97. Zo ook Haak, M.F.J., *l.c.*, 142; Giesen, I., *o.c.*, 124.

98. Dit is uiteraard anders wanneer de beroepsfout is gelegen in het laten verstrijken van de termijn voor cassatie.

zijn, geeft in menige procedure uiteindelijk het meest aansprekende perspectief op dat feitencomplex de doorslag, welk perspectief maar moeilijk anders kan uitkristalliseren dan in de procesdialoog tussen de betrokken partijen zelf. En die is niet meer mogelijk, om de eenvoudige reden dat de oorspronkelijke wederpartij niet in de aansprakelijkheidsprocedure tegen de advocaat is betrokken. Die zou hooguit als getuige kunnen optreden, in welk geval haar medewerking overigens niet groot zal zijn. Zij werd immers door de fout bevooroordeeld, en heeft er geen belang bij te doen vaststellen dat voor haar voordeel geen grond bestond<sup>99</sup>. De Belgische ervaring suggereert dat toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans met de nodige regelmaat uitkomst zal kunnen bieden.

#### D. BEROEPSFOUTEN VAN DE NOTARIS

Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen dat de proportionele benadering zich zal uitbreiden naar de rechtspraak over fouten van andere dienstverleners dan artsen en advocaten, zoals bijvoorbeeld de deurwaarder, de accountant en de notaris. Tot dusver zijn mij nog geen uitspraken in die zin bekend. Zoals reeds aan de orde kwam in § 3 B over beroepsfouten van de arts, speelt op het hele terrein van de beroepsaansprakelijkheid het probleem in welke verhouding de proportionele benadering precies staat tot het leerstuk van de omkeer van de bewijslast inzake het *conditio sine qua non*-verband<sup>100</sup>. Deze problematiek is echter nog het meest pregnant bij beroepsfouten van de notaris, omdat het Dicky Trading II-arrest<sup>101</sup>, waarin de Hoge Raad een in algemene termen geformuleerde regel van bewijslastomkering gaf, in die context werd gewezen. Niet veel later wees de Hoge Raad het arrest Beurskens/B.<sup>102</sup>, eveneens over een beroepsfout van een notaris, waarin een algemene regel van bewijslastomkering - maar dan met betrekking tot het bestaan van *schade* - werd afgewezen. Beide arresten worden ook besproken door Hartlief in zijn introductie in dit boek<sup>103</sup>.

Dicky Trading II heeft betrekking op een geval waarin een notaris ten onrechte na-laat om te informeren naar de achtergrond van een zeer groot prijsverschil in een dubbele onroerend goed transactie tussen een naar Canada emigrerende boer, Franken, en iemand die 'een geslepen oplichter' wordt genoemd, de heer Dick Wille, die gebruik maakt van een buitenlandse rechtspersoon met de naam 'Dicky Trading'. Bij de transactie krijgt Franken slechts een fractie van de opbrengst van de verkoop van zijn boerderij in handen. De rest zou hij in Canada wel krijgen (hetgeen fiscaal voordelig zou zijn). Franken krijgt zijn centen niet. De notaris heeft Franken niet

99. Hierop wijst ook Brunner, C.J.H., *l.c.*, 936. Zie over dit probleem Giesen, I., *o.c.*, 125.

100. Zie over de samenhang tussen proportionele aansprakelijkheid en omkering van de bewijslast in het algemeen: Akkermans, A.J., *o.c.*, diss. 393-429.

101. HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (WMK).

102. HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 747.

103. § 3 F resp. § 3 B.

gevraagd naar de achtergrond van de dubbele transactie en ten onrechte niet gewezen op de risico's daarvan.

Franken spreekt de notaris aan tot schadevergoeding. In cassatie gaat het onder andere over het causaal verband tussen het nalaten van de notaris en het doorgaan van de transactie tussen Franken en Wille. De notaris stelt dat, gezien het onbegrensde vertrouwen van Franken in Wille, de transactie met de schadelijke gevolgen ook doorgegaan zou zijn, indien hij wél kritische vragen had gesteld. Geen *conditio sine qua non*-verband derhalve.

Volgens het hof vindt deze stelling onvoldoende steun in de door de notaris voorge dragen feiten. De Hoge Raad sauveert de overwegingen van het hof met de volgende overweging:

"Deze oordelen (...) moeten worden gezien in samenhang met de regel dat, indien, zoals hier, door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico terzake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen, en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven, en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken is, om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan."

Zoals gezegd, een in algemene termen geformuleerde regel<sup>104</sup>. Dat is opmerkelijk omdat een dergelijke bewijslastomkering voordien alleen werd toegepast bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen<sup>105</sup>. Buiten die context werd zij ooit

104. Op zichzelf is goed verklaarbaar waarom in dit specifieke geval hof en Hoge Raad korte metten maakten met het causaliteitsverweer. Dezelfde procedure was namelijk al eens eerder bij de Hoge Raad geweest en toen terugverwezen, met de uitdrukkelijke opdracht aan het hof om te onderzoeken of er een reden was voor een vermindering van de schadevergoedingsplicht in de zin van artikel 6:101 BW (HR 18 dec. 1992, NJ 1994, 91 (EAAL), Dicky Trading I). Het hof heeft dit onderzocht, en expliciet geoordeeld dat geen grond bestond voor een vermindering van de vergoedingsplicht wegens 'eigen schuld' omdat de fout aan de zijde van Franken naar het oordeel van het hof in het niet viel bij de fout aan de zijde van de notaris. Het 'eigen schuld' verweer en het causaliteitsverweer waren gebaseerd op dezelfde omstandigheden aan de zijde van Franken. Deze omstandigheden komen neer op Franken's grote vertrouwen in Wille en zijn vastberadenheid om de beoogde transactie aan te gaan, waarvan hij zich - aldus de notaris - niet had laten afhouden als de kritische vragen, die de notaris had moeten stellen, daadwerkelijk waren gesteld. Het lijkt alleszins begrijpelijk dat het hof in het kader van het causaliteitsverweer niet heeft willen honoreren wat het in het kader van artikel 6:101 nadrukkelijk terzijde had gesteld. Het causaliteitsverweer ging immers veel verder, want honorering daarvan zou tot volledige afwijzing hebben geleid, terwijl honorering van het 'eigen schuld' verweer doorgaans slechts leidt tot een bepaalde vermindering van de vergoedingsplicht.

105. Zie *Schadevergoeding* (Boonekamp) art. 98 aant. 13.2.

eens door de Hoge Raad expliciet afgewezen<sup>106</sup>. In de literatuur wordt uiteenlopend gedacht over de reikwijdte van het Dicky Trading II-arrest. Hartkamp neemt aan dat de daarin geformuleerde regel geldt voor het gehele gebied van de aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad<sup>107</sup>. Giesen meent dat zijn toepassingsgebied nader moet worden afgebakend, en wijst er op dat wanneer deze regel in het algemeen zou gelden, het aansprakelijkheidsrecht een geheel andere dimensie zou krijgen omdat de aanwezigheid van causaal verband dan niet langer een voorwaarde zou zijn voor aansprakelijkheid, maar de aan te tonen afwezigheid daarvan een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond<sup>108</sup>. Ook Spier<sup>109</sup> en Hartlief<sup>110</sup> signaleren dat de consequenties bij een algemene toepasselijkheid moeilijk zijn te overzien.

Het arrest Beurskens/B. handelt over een geval waarin een notaris verzuimt een verlengingsverzoek in te dienen voor een pachtovereenkomst. Beurskens heeft voor de duur van twee jaar een pachtovereenkomst gesloten met Canters. Op de gepachte grond begint Beurskens een bloemenkwekerij. De grondkamer keurt de pachtovereenkomst goed en stelt een tijdvak van een half jaar vast waarin om verlenging van de pachtovereenkomst kan worden verzocht. Beurskens geeft de notaris opdracht dit te verzorgen, maar die verzuimt dit. Als de overeenkomst eindigt moet Beurskens de grond ontruimen.

Beurskens spreekt de notaris aan tot schadevergoeding. De notaris stelt dat het verlengingsverzoek zou zijn afgewezen, omdat de bedoeling van partijen zou zijn geweest dat Beurskens na de afgesproken twee jaar een definitieve keuze zou maken: de grond kopen of ontruimen. Beurskens stelt dat het de bedoeling was geweest dat hij, indien hij na ommekomst van twee jaar het gepachte niet zou kopen, de pacht zou kunnen continueren. Het hof oordeelt dat de versie van de notaris meer voor de hand ligt, en wijst de vordering af.

Het cassatiemiddel betoogt dat in het onderhavige geval de notaris de bewijslast draagt dat zijn fout geen schade heeft veroorzaakt. De Hoge Raad oordeelt hierover:

"De aan het onderdeel ten grondslag liggende stelling dat bij een beroepsfout als de onderhavige in beginsel niet op de eisende partij de bewijslast rust van zijn stelling dat hij door de fout schade heeft geleden, maar op de gedaagde beroepsbeoefenaar de bewijslast van zijn ontkenning van die stelling, vindt geen steun in het recht."

106. Zie HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 108 Blok/Vara (winstderving na deels onrechtmatige kritiek in televisieprogramma).

107. Asser-Hartkamp I (11e druk, 2000), nr. 434 a.

108. O.c. 68. Hiertegen: Asser, W.D.H., "Boekbeschouwing: I. Giesen, Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid", *RM Themis*, 2000, 141-143 (op 142).

109. Annotatie *A&V*, 1996, 43 alsmede in Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, *Preadvies NJV*, Zwolle, 1996 (op 364).

110. Zie zijn bijdrage in dit boek, § 3 F.

Hier géén algemene regel van bewijslastomkering derhalve.

Een opvallend onderscheid is uiteraard dat de problematiek in Beurskens/B. aan de Hoge Raad werd voorgelegd als een kwestie van bewijs van schade<sup>111</sup>, terwijl zij in Dicky Trading II aan de orde kwam als een kwestie van bewijs van causaal verband. Zoals hiervoor in § 2 B uiteengezet, zijn schade en causaliteit, bij problemen van onzekerheid zoals hier aan de orde zijn, niet meer dan uitwisselbare perspectieven. Het bewijsprobleem in Beurskens/B. had even goed kunnen worden opgediend als een van causaal verband: de processuele discussie had zodanig kunnen worden gevoerd dat de schade van Beurskens (het niet verlengd krijgen van zijn pachtovereenkomst) als vaststaand werd gepresenteerd, maar dat het causaal verband tussen de fout van de notaris en deze schade in het geding was. En het bewijsprobleem in Dicky Trading II had even goed kunnen worden opgediend als een van schade: het probleem had zo kunnen worden ingekleed dat niet vaststond of Franken als gevolg van de fout wel enige schade had geleden, omdat hij zijn geld mogelijk evenmin had gekregen als de notaris wél naar de achtergrond van de dubbele transactie had geïnformeerd<sup>112</sup>.

Welke kant van de medaille de rechter wordt voorgehouden behoort niet bepalend te zijn voor de uitkomst. Naar mijn mening zijn beide arresten, naar de letter genomen, niet met elkaar verenigbaar<sup>113</sup>. De reikwijdte van het Dicky Trading II-arrest zal in de rechtspraak nader moeten uitkristalliseren. Gezien de huidige onduidelijkheid is te hopen dat dit binnen afzienbare tijd gebeurt<sup>114</sup>.

Zelf sta ik positief tegenover een regel van bewijslastomkeer (maar dan wel van schade én van causaal verband) wanneer het gaat om de schending van normen waarvan men om rechts-politieke redenen de effectiviteit wil versterken, zoals veiligheidsnormen en gedragsnormen die binnen een bepaalde professie essentieel worden geacht<sup>115</sup>. Maar dan niet met de botte bijl. Men dient zich er rekenschap van

111. Een andere interpretatie van het arrest geeft Giesen, I., *o.c.*, 69 noot 451.

112. Deze uitwisselbaarheid wordt ook gesignaleerd door Spier in Bolt, A.T. en Spier, J., *o.c.*, 364.

113. In andere zin Asser-Hartkamp I (11e druk, 2000), nr. 434c (de regel uit Dicky Trading II zou veronderstellen dat zeker is dat schade werd geleden. Dit in tegenstelling tot de situaties waarbij het leerstuk van het verlies van een kans wordt toegepast: daar zou niet zeker zijn dat schade werd geleden, althans: niet zeker welke schade werd geleden, de definitieve schade of de kansschade).

114. Die onduidelijkheid slaat hier en daar zelfs om in verwarring doordat een vergelijkbare formule wordt gehanteerd wanneer het gaat om een vraag van toerekening van (gevolg)schade, in plaats van om conditio sine qua non-verband. Zo bijvoorbeeld in HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (CJHB) Wrongful birth. Het verschil tussen beide vraagstukken wordt ten onrechte niet onderkend in T&C BW (Oosterveen) art. 6:98 aant. 8.

115. Over de samenhang tussen de effectiviteit van normen en bewijslastomkering zie Akkermans, A.J., *o.c.*, diss. 402. Zie voorts over de hier bedoelde soort normen Giesen, I., *l.c.*, 69-70, 82-83, 141, 143. Ook niet-materieelrechtelijke overwegingen kunnen bij deze mate-

te geven dat het leveren van het tegenbewijs waarover de Dicky Trading II formule spreekt, in de regel volstrekt illusoir is. Daarom moet men nimmer de waarschijnlijkheid van de betrokken stellingen buiten beschouwing laten. Dat betekent géén bewijslastomkeer wanneer schade en causaal verband op voorhand onvoldoende aannemelijk zijn<sup>116</sup>, en proportionele aansprakelijkheid wanneer de gedaagde slaagt in het 'gedeeltelijke tegenbewijs' dat een reële kans bestaat dat de schade ook zonder de fout zou zijn ingetreden door een oorzaak die voor risico van de benadeelde komt (c.q. dat door de fout geen schade werd geleden). Voor dat laatste verwijs ik naar mijn beschouwingen hierover in § 3 B over beroepsfouten van de arts, die *mutatis mutandis* ook van toepassing zijn op beroepsfouten van de notaris.

#### E. HET VERLIES VAN EEN KANS OP HET AFSLUITEN VAN EEN CONTRACT

Reeds enige tijd geleden wees de Hoge Raad een arrest waarin hij de toekenning toeliet van een proportionele schadevergoeding voor het verlies van de kans op het afsluiten van een contract. Dat gebeurde in het arrest Heesch/Reijs uit 1981<sup>117</sup>, ook besproken door Van Dijk<sup>118</sup>. Het college van B en W van de gemeente Heesch beloofde schriftelijk aan Reijs, de echtgenote van een projectontwikkelaar, een overeenkomst van grondruil tussen haar en de gemeente met een gunstig advies aan de gemeenteraad voor te leggen. B en W lieten het toegezegde echter na, inmiddels tot het oordeel gekomen dat de voorgenomen transactie voor de gemeente financieel ongunstig was. Het volgende wat Reijs mocht vernemen was dat een besluit tot ont-eigening van haar te ruilen percelen was genomen. Reijs vorderde een schadevergoeding van circa f 109.000,- wegens gederfde winst op een twintigtal woningen die zij op het perceel had willen bouwen. De gemeente ontkende dat deze schade door de woordbreuk was geleden omdat, kort gezegd, de gemeenteraad nooit met het voorstel zou hebben ingestemd en het college van Gedeputeerde Staten zo'n besluit ook niet zou hebben goedgekeurd. Dat laatste kon niet met zekerheid worden vastgesteld, aldus de Rechtbank, en vervolgde:

"dat, nu al evenmin vaststaat dat het tegenovergestelde het geval zou zijn geweest, slechts overblijft - doch tevens ook vaststaat - dat de schade die Reijs (...) geleden heeft er uit bestaat dat voor haar verloren is gegaan de kans dat de raad van de gemeente zou hebben besloten in de door haar gewenste zin; dat het ontnemen van deze kans aan Reijs

rie een rol spelen, met name de vraag wie in het algemeen tegen de laagste (informatie)kosten bewijs of tegenbewijs kan leveren. Zie daarover Curran, C., *l.c.*

116. Zie Akkermans, A.J., *o.c.*, diss. 413-418. In dit verband is nog van belang het vervolg van de overwegingen van de Hoge Raad in Beurskens/B.: "'s-Hofs oordeel geeft voorts niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent de verdeling van de bewijslast, te minder nu het Hof daarbij tevens in aanmerking heeft genomen dat naar zijn oordeel het standpunt van de notarissen inhoudende dat Beurskens na afloop van twee jaar een definitieve keuze moest maken: kopen of vertrekken, meer voor de hand ligt."

117. HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (CJHB).

118. Zie zijn bijdrage in dit boek, § 3.

op zichzelf reeds een aanmerkelijk vermogensrechtelijk nadeel voor Reijs oplevert."

Uit een en ander volgde, aldus de Rechtbank:

"dat (...) de Rb. de schadevergoeding ex aequo et bono moet vaststellen, waarbij in haar beslissing mede dient te worden verdisconteerd de naar billijkheid te begroten kans dat de door Reijs gestelde overeenkomst door de raad zou zijn gesloten."

Na een beschouwing over de grootte van de door Reijs gemiste kans, begrootte de rechtbank de waarde daarvan uiteindelijk op f 35.000,-. Een daartegen gerichte grief in appèl werd verworpen, evenals het cassatieberoep. Het oordeel dat er een reële kans bestond dat de gemeenteraad zich met de ruilovereenkomst had kunnen verenigen was van feitelijke aard, aldus de Hoge Raad, en kon niet met succes in cassatie worden aangevochten<sup>119</sup>.

Zoals blijkt uit de bijdrage van Faure in dit boek<sup>120</sup> is in België meer dan eens vergoeding toegekend voor het verlies van de kans op het afsluiten van een overeenkomst in de context van onregelmatige openbare aanbestedingen. Ook de Nederlandse overheden slagen er niet in om bij hun aanbestedingen aan alle (Europese) regels te voldoen. Regelmatig worden overheidsaanbesteders door de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven op de vingers getikt<sup>121</sup>. Schadevergoeding voor het verlies van een kans op gunning van een bouwopdracht kwam aan de orde in Rechtbank Den Haag 30 oktober 1996<sup>122</sup>. De aannemer die bij de aanbesteding ten onrechte aan het kortste eind had getrokken, vorderde vergoeding van gederfde winst. De aanbesteder verweerde zich met een beroep op de mogelijkheid dat hij, als hij de opdracht niet ten onrechte aan een derde zou hebben gegund, een nieuwe inschrijving zou hebben geopend (z.g. heraanbesteding). De rechtbank overwoog:

"Dat neemt echter niet weg dat ook de mogelijkheid bestaat dat (aannesteder) de opdracht zonder nieuwe inschrijving zou hebben gegund aan (eiseressen) en dat in geval van een opnieuw geopende inschrij-

119. Het cassatieberoep was in zoverre succesvol dat de Hoge Raad, anders dan de rechtbank en het hof, de gemeente niet gebonden achtte tot nakoming van de toezegging, c.q. aansprakelijk wegens wanprestatie, maar haar slechts aansprakelijk oordeelde wegens onrechtmatige daad.

120. § 5.

121. Zie voor een overzicht: Pijnacker Hordijk, E.H. en Bend, G.W. van der, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, 2e druk, Den Haag, 1999, 430-442. Als gevolg van de bevoegdheidsclausules in de belangrijkste nationale aanbestedingsreglementen (UAR 1986, UAR 1999 en UAR-EG 1991) is het in Nederland vaak de RvA die over dit soort kwesties oordeelt.

122. Rolnr. 94/3498, ongepubliceerd, kenbaar uit Pijnacker Hordijk, E.H. en Bend, G.W. van der, *o.c.*, 436.

ving ook eiseressen hun geluk opnieuw hadden kunnen beproeven. Deze kansen zijn hen thans ontnomen, hetgeen in beginsel schade oplevert. De grootte van die schade wordt bepaald door enerzijds de grootte van deze kansen en anderzijds het financiële belang van de te verwerven opdracht."

Schadevergoeding voor het verlies van een kans op het sluiten van een arbeidsovereenkomst werd toegekend in Kantongerecht Den Haag 1 december 1998<sup>123</sup>. Deze zaak ging over een werknemster met een contract voor één jaar en een proeftijd van twee maanden die tijdens die proeftijd werd ontslagen wegens zwangerschap. Het Kantongerecht oordeelde het ontslag in strijd met de verplichtingen van goed werkgeverschap en het discriminatieverbod, en wees de loonvordering over de looptijd van het contract toe, plus een bedrag van f 10.000,- wegens het missen van een kans op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd<sup>124</sup>.

#### F. WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

Op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid werd een proportionele schadevergoeding toegekend aan (de erfgenamen van) een werknemer die leed aan longkanker die kon zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest bij zijn werkgever, maar ook door roken. Dit gebeurde in de uitspraak van het kantongerecht Middelburg in Schaier/De Schelde<sup>125</sup>. Dit vonnis staat centraal in de bijdrage van Van Maanen aan dit boek en figureert ook prominent in de bijdrage van Van. Zelf publiceerde ik eerder over deze uitspraak<sup>126</sup> en over proportionele aansprakelijkheid bij werkgeversaansprakelijkheid in het algemeen schreef ik het nodige in mijn dissertatie<sup>127</sup>. Om niet te veel in herhaling te vervallen houd ik mijn bespreking op deze plaats beperkt.

Schaier werkte van 1955 tot 1988 voor de scheepswerf De Schelde als monteur van scheepsmotoren, en rookte vanaf zijn zeventiende jaar naar schatting 20 sigaretten per dag. Zijn longkanker kon zijn veroorzaakt door roken, door de blootstelling aan asbest tijdens zijn dienstverband bij De Schelde, en ook door een combinatie van beide. De kantonrechter veroordeelt De Schelde om de schade te vergoeden naar rato van de kans dat de longkanker veroorzaakt werd door de blootstelling aan asbest. Op basis van het deskundigenbericht wordt deze kans gesteld op 26%.

123. Prg. 1999, 5158.

124. Vgl. in het Engelse recht: *BCCI v Ali* (No 2) (1999) 4 *All E.R.*, 83 (Ch.D.) (verlies van een kans op afsluiten nieuwe arbeidsovereenkomst wegens stigma op voormalige werknemers frauduleuze bank).

125. Ktg. Middelburg 1 feb. 1999, *NJ kort*, 1999, 35, *VR*, 1999, 117, *TvP*, 1999, 44 (Dijk, van), *L&S*, 1999, 16, *TMA*, 1999, 191 (Van).

126. Akkermans, A.J., "Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken", *VR*, 1999 193-197.

127. Akkermans, A.J., *o.c.*, diss. 399-424.



In Schaier/De Schelde krijgt het probleem van onzekerheid vorm als een van onzeker causaal verband, en niet van schade. Gezien het feitencomplex ligt dat ook het meest voor de hand. De kantonrechter baseert de proportionele aansprakelijkheid van De Schelde zonder veel omhaal van woorden op artikel 6:101 ('eigen schuld'). De bezwaren van Van Maanen daartegen deel ik niet.

Volgens Van Maanen is alleen plaats voor een proportionele benadering bij het vaststellen van de schade en niet bij het vaststellen van causaal verband. Maar zoals hiervoor (in § 2) uiteengezet zijn schade en causaliteit bij de soort onzekerheid die hier aan de orde is uitwisselbare perspectieven, en bieden beide leerstukken een dogmatische grondslag voor proportionele aansprakelijkheid. Bij een benadering vanuit de causaliteit is dat ondermeer de (analoge) toepassing van artikel 6:101 in combinatie met artikel 6:99 (alternatieve veroorzaking)<sup>128</sup>. De causale relatie tussen asbest, roken en longkanker kan worden getypeerd als een mengvorm. De longkanker kan zijn ontstaan of door asbest of door roken (zoals bij alternatieve veroorzaking in de zin van artikel 6:99 BW) maar ook door de samenloop van beide oorzaken in die zin dat zij beide een *conditio sine qua non* voor de longkanker zijn (zoals in het normale stramien van artikel 6:101)<sup>129</sup>. In het tweede geval kan artikel 6:101 uiteraard rechtstreeks worden toegepast, en in het eerste kan dat analoog. Dan kan toepassing bij een mengvorm van beide typen zoals de relatie tussen asbest, roken en longkanker, evenmin een probleem zijn. De kantonrechter maakt aan deze kwestie weinig woorden vuil en gaat daarmee strikt genomen wat te kort door de bocht, maar dat maakt de uitkomst van het vonnis nog niet onjuist.

Ook de beperking van het eigen schuld-verweer tot 'opzet of roekeloosheid' van de werknemer in artikel 7:658 lid 2<sup>130</sup> staat mijns inziens niet aan de oplossing van het kantongerecht in de weg. Volgens de Hoge Raad strekt deze bepaling ertoe

"de werknemer te beschermen door rekening te houden met het ervaringsfeit dat, kort gezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt."<sup>131</sup>

128. Zie Akkermans, A.J., o.c., diss. 80 e.v. Instemmend: Bloembergen, A.R., "Boekbespreking A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband", WPNR 6279 (1997) 505-508 (op 507); Kortmann, J., "De aangeschoten vogelaar. Over alternatieve causaliteit", *Groninger opmerkingen en mededelingen* nr. 15 (1998) 55-67 (op 60-62). Erg zuinig: Asser-Hartkamp I (11e druk, 2000), nr. 441a.
129. Zie over deze causale relatie Van, A.J. en Nijs, H.G.T., "Asbest, tabaksrook en longkanker", *TMA*, 1996, 45 e.v.
130. Resp. art. 1638x lid 2 (oud) dat sprak van "grove schuld" maar waaronder in de rechtspraak eveneens 'opzet of bewuste roekeloosheid' werd verstaan.
131. HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 (PAS), *VR*, 1997, 57 Pollemans/Hoondert. Het gaat hier om vaste rechtspraak.

De eigen schuld waartegen dit artikellid bescherming beoogt te bieden hangt dus samen met de uitoefening van de werkzaamheden. Daarvan is bij roken geen sprake. In het kader van artikel 7:658, dat de sanctie van aansprakelijkheid stelt op het niet nakomen van veiligheidsverplichtingen door de werkgever, is een beperking van het beroep op eigen schuld logisch, en in zeker opzicht zelfs noodzakelijk. Een arbeidsongeval is relatief vaak in meer of mindere mate mede het gevolg van de eigen onvoorzichtigheid van de betrokken werknemer. Veel veiligheidsnormen zijn juist gegeven met het oog op de door dagelijkse routine verminderde voorzichtigheid van de werknemer waar de Hoge Raad het oog op heeft. Zonder de beperking van het beroep op eigen schuld van de werknemer zouden deze veiligheidsnormen al snel veel van hun effect verliezen. Met de ene hand - het leerstuk van de eigen schuld - zou immers de bescherming grotendeels worden weggenomen die met de andere hand - de veiligheidsnorm zelf - wordt gegeven<sup>132</sup>. Deze ratio van artikel 7:658 lid 2 is niet van toepassing op de omstandigheid die als eigen schuld aan Schaier wordt toegerekend. Roken kan best als eigen schuld aan het ontstaan van longkanker worden aangemerkt maar deze eigen schuld behoort niet tot de beschermingssfeer van artikel 7:658. Het gaat niet om onvoorzichtigheid 'in de uitoefening van de werkzaamheden' waarop het artikel betrekking heeft, maar om een kwestie die in de privé-sfeer van de werknemer ligt. Enige tijd geleden heeft de Hoge Raad - zij het in een ander verband - beslist dat de aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:658 zich niet tot omstandigheden in de privé-sfeer van de werknemer uitstrekt<sup>133</sup>. Zo bezien valt alleszins te billijken dat de kantonrechter in de beperking van het eigen schuld-verweer in artikel 7:658 lid 2 geen obstakel heeft gezien, al had een korte toelichting op dit punt niet misstaan.

Om dezelfde reden is juist dat de kantonrechter geen toepassing heeft gegeven aan het leerstuk van de omkering van de bewijslast inzake het *conditio sine qua non*-verband. Bij beroepsaansprakelijkheid is deze bewijslastomkering betrekkelijk nieuw en moet haar toepasselijkheid nog verder uitkristalliseren (zie § 3 D) maar bij werkgeversaansprakelijkheid wordt zij reeds tientallen jaren toegepast. Volgens vaste rechtspraak kan causaal verband worden aangenomen wanneer door het tekortschieten van de werkgever in zijn veiligheidsverplichtingen de kans op het ontstaan van de schade aanmerkelijk is verhoogd, tenzij de werkgever aannemelijk maakt dat naleving van de geschonden norm de schade waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen<sup>134</sup>.

Deze regel was ook van toepassing in het bekende asbestarrest Cijssouw/De Schelde I<sup>135</sup>. Cijssouw overleed aan mesothelioom een ziekte die - anders dan longkanker -

132. Zie Akkermans, A.J., o.c., diss. 404.

133. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 (PAS) S./Reclassering.

134. Aldus laatstelijk Pollemans/Hoondert, r.o. 3.2. Voor een overzicht van de bedoelde jurisprudentie zie *Schadevergoeding* (Boonekamp) art. 98 aant. 13.3.

135. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (PAS), VR, 1993, 171.

uitsluitend door asbest wordt veroorzaakt<sup>136</sup>. Niettemin speelde ook hier een causaliteitsprobleem, in verband met de vraag of Cijssouw het hem fataal geworden asbestkristal had ingeademd in de periode na 1960, waarin De Schelde maatregelen had moeten nemen tegen het gevaar van mesothelioom, of in de periode daarvoor, waarin het gevaar van mesothelioom nog onvoldoende bekend werd geacht<sup>137</sup>. De Hoge Raad oordeelde dat De Schelde zich er niet op mocht beroepen dat Cijssouw, die gedurende de gehele duur van zijn dienstverband was blootgesteld aan asbeststof, het fatale asbestkristal mogelijk had binnengekregen in een eerdere periode van zijn dienstverband, toen De Schelde van het ontbreken van veiligheidsmaatregelen tegen mesothelioom geen verwijt viel te maken. Hoewel deze benadering op gespannen voet staat met de schuldaansprakelijkheid waarvoor de wetgever bij artikel 7:658 bewust heeft gekozen, kan zij worden gebillijkt omdat de oorzaak van de schade van Cijssouw in elk geval is gelegen in de uitvoering van de werkzaamheden<sup>138</sup>. Omkering van de bewijslast inzake het causaal verband brengt per definitie een mogelijke oorzaak voor risico van de werkgever waarvoor een relevante tekortkoming ontbreekt. De quasi-risicoaansprakelijkheid van de werkgever die daarvan het gevolg is, blijft echter beperkt tot de beschermingssfeer van artikel 7:658, dat wil zeggen tot schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. In de betreffende rechtspraak gaat het altijd om een mogelijke oorzaak die voortvloeit uit de werkzaamheden die in het kader van de dienstbetrekking werden verricht<sup>139</sup>.

Bij Schaier ligt dat anders. Hier heeft een van de mogelijke oorzaken van de schade - het roken - niets met het werk te maken. Daarom dient deze mogelijke oorzaak niet zonder meer door bewijslastomkering voor risico van de werkgever te worden gebracht. Dat sluit ook aan bij de tekst van artikel 7:658 lid 2, die mee lijkt te brengen dat de bewijslast dat de schade in elk geval in de uitoefening van de werkzaamheden is ontstaan, bij de werknemer blijft liggen<sup>140</sup>. Dit preliminaire bewijs kan in het geval van Schaier niet worden geleverd. Daarom is het juist dat de kantonrechter de bewijslast omtrent het causaal verband tussen de blootstelling aan asbest en de longkanker van Schaier niet heeft omgekeerd, maar voor een proportionele oplossing heeft gekozen.

136. Althans daarvan wordt uitgegaan.

137. Overigens doet deze voorstellingswijze van de samenhang tussen mesothelioom en de langdurige blootstelling aan asbest maar beperkt recht aan de werkelijkheid. Zie Bier, L., "Stelplicht en bewijslast bij beroepsziekten", *NTBR*, 1993, 209.

138. Tenzij de kans dat de schade door de tekortkoming in de veiligheidsverplichtingen werd veroorzaakt, te gering is. Zie Hijma, J., "Erven Cijssouw/De Schelde", *AA*, 1994, 113-114; Spier, J., "Asbest en aansprakelijkheid", in *Asbest en aansprakelijkheid. Bewijsvragen milieu- en productenaansprakelijkheid*, Arnhem, 1994, 38-39; Akkermans, A.J., o.c. diss., 413 e.v.

139. Zie Akkermans, A.J., o.c., diss., 410 e.v.

140. In dezelfde zin Bier, L., *l.c.*, 211.

Net als bij beroepsaansprakelijkheid geldt ook op dit terrein dat bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid uitstekend met elkaar kunnen worden gecombineerd. Zoals uitgewerkt in § 3 B over beroepsfouten van de arts, kan de relatie tussen beide benaderingen aldus worden vormgegeven, dat de overtreding van de veiligheidsnorm door de werkgever wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn, tenzij voldoende aannemelijk is dat er een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die niet tot de risicosfeer van de werkgever behoort. Wanneer dit 'gedeeltelijk tegenbewijs' wordt geleverd is dat aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen. Op deze wijze kan proportionele aansprakelijkheid nauwsluitend worden ingepast in het systeem dat in de rechtspraak op dit punt is ontwikkeld.

#### G. KANSEN BIJ ARBEIDSVERMOGENSSCHADE

De problematiek van onzekerheid waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan zijn, verschiet sterk van kleur wanneer het gaat over 'goede en kwade kansen' die een rol spelen bij de begroting van arbeidsvermogensschade. Dat komt omdat deze kansen in de regel niet meer zijn dan factoren die slechts van invloed zijn op de omvang van een in beginsel vaststaande schade. Ook in de alles of niets-benadering moet dan schade worden vergoed, de vraag is alleen hoeveel. In feite wordt daarbij met betrekking tot bepaalde schadecomponenten met de regelmaat van de klok een 'proportionele' benadering gehanteerd, al bezigt men daarbij, anders dan in België<sup>141</sup>, niet het idioom van het leerstuk van het verlies van een kans en legt men doorgaans ook niet een relatie met andere toepassingen van de proportionele benadering.

Te bedenken valt dat de problematiek van onzekerheid bij arbeidsvermogensschade een dubbel gewicht heeft. Omdat arbeidsvermogensschade praktisch altijd wordt afgewikkeld door betaling van een bedrag ineens, moeten voor haar berekening twee hypothetische situaties met elkaar worden vergeleken: niet alleen de situatie zonder ongeval is hypothetisch (de 'vergelijkingshypothese') maar ook over de toekomstige ontwikkelingen in de situatie met ongeval moet een hypothese worden gemaakt (de 'toekomsthypothese'). In beide hypothesen spelen doorgaans onoplosbare onzekerheden een rol.

Op zichzelf is het een open deur dat onzekerheden in de schadebegroting moeten worden verdisconteerd. De begroting van toekomstige schade bij voorbaat geschiedt immers, zoals artikel 6:105 het uitdrukt, "*na afweging van goede en kwade kansen*." Dit verdisconteren kan in theorie op twee verschillende manieren: men kan over een bepaalde kans de knoop doorhakken, of men kan haar in aanmerking nemen naar rato van haar waarschijnlijkheid<sup>142</sup>. Zo kan men bij een meningsverschil

141. Zie de bijdrage van Faure in dit boek, § 6 en § 7.

142. Zie Storm, H.M., Kamp, H.P.A.J. en Schön, E.W., in Barendrecht, J.M. en Storm, H.M. (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995, 180 e.v.

tussen partijen over een bepaalde promotiekans na 'afweging' van deze kans op basis van een ja/nee beslissing aannemen dat de promotie waarschijnlijk zou worden gemaakt of juist niet, en de daarmee samenhangende inkomensverhoging volledig meetellen of juist niet, maar men kan deze 'afweging' ook de vorm geven van het besluit dat de promotiekans vanwege haar beperkte waarschijnlijkheid slechts gedeeltelijk zal meetellen, en de daarmee samenhangende inkomensverhoging dus slechts gedeeltelijk (vaak: slechts voor een deel van de looptijd) in de berekening opnemen. In het tweede geval is er in wezen sprake van een 'proportionele' benadering, al wordt dat, zoals gezegd, zelden of nooit als zodanig onder woorden gebracht<sup>143</sup>.

In beide hypothesen, zowel in de vergelijkingshypothese (situatie zonder ongeval) als in de toekomsthypothese (situatie met ongeval), komen 'goede en kwade kansen' voor. Pals heeft wel voorgesteld dat kansen in de toekomsthypothese naar rato van hun waarschijnlijkheid moeten worden verdisconteerd, en dat bij kansen in de vergelijkingshypothese de bewijslast in het voordeel van het slachtoffer moet worden omgekeerd<sup>144</sup>. Literatuur noch rechtspraak hebben Pals in dit verschil in waarderingwijze gevolgd<sup>145</sup>. In de praktijk worden in beide hypothesen kansen op beide

143. Een voorbeeld van een expliciet proportionele afweging is Rb. Zutphen 19 december 1985, *VR*, 1986, 138, waarin de rechtbank overwoog: "Daarbij zal de rechtbank niet, gelijk ABP voorstaat, de kans dat slachtoffer kinderen zou hebben gekregen, als te onzeker terzijde laten en evenmin, gelijk Centraal Beheer wil, er uitsluitend vanuit gaan, dat slachtoffer juist wel kinderen zou hebben gekregen. Bij de vaststelling van de hypothetische arbeidsduur zal de rechtbank beide kansen verdisconteren in de verhouding van hun onderlinge - statistisch gemeten - waarschijnlijkheid." Het ging hier over de kans dat de benadeelde in de situatie zonder ongeval wegens het krijgen van kinderen minder zou zijn gaan werken. Zeker naar moderne inzichten gaat het daarbij niet aan om de benadeelde zonder aanzien des persoons op te knopen aan een statistisch gemiddelde. Maar ook in dit vonnis uit 1985 gaf de rechtbank blijk van het inzicht dat een dergelijke statistische kans zo veel mogelijk dient te worden toegespitst op de persoonlijke situatie van de benadeelde. De rechtbank vervolgde: "Zij wil dat daarbij rekening wordt gehouden dat slachtoffer reeds 28 jaar was, toen zij in het huwelijk trad, dat er geen duidelijke gezinsplanning was, dat het krijgen van kinderen in ieder geval de eerste jaren van het huwelijk niet werd beoogd en eerst vanaf het 30e jaar van slachtoffer niet werd uitgesloten. Gelet op deze persoonlijke gegevens en verwachtingen van slachtoffer houdt de Rechtbank rekening met haar leeftijdsfase van afnemende vruchtbaarheid. De Rechtbank heeft behoefte aan voorlichting door deskundigen of en in hoeverre voor slachtoffer, gelet op voormelde persoonlijke gegevens en inzichten, de kans op kinderloosheid groter zou zijn geweest dan gemiddeld voor gehuwde vrouwen in Nederland."

144. Pals, L.H., *Onrechtmatige doodslag*, diss., Deventer, 1983, 189.

145. Zie Mon. Nieuw BW B-37 (Bouman/Tilanus) nr. 32; Schadevergoeding (Bolt) art. 107 aant. 12, 14 t/m 23 en art. 108 aant. 32 t/m 35 en 51. Op zichzelf is verdedigbaar dat de 'afweging van goede en kwade kansen' in art. 6:105 alleen ziet op het vaststellen van de toekomsthypothese, omdat het artikel (slechts) betrekking heeft op "de begroting van nog niet ingetreden schade." De Hoge Raad heeft echter buiten twijfel gesteld dat een dergelijke afweging óók dient plaats te vinden bij het vaststellen van de vergelijkingshypothese. Op het terrein van de arbeidsvermogensschade gebeurde dat recentelijk nog in HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437 (CJHB) Van Sas/Interpolis. Een ander arrest dat op dit punt niets aan duide-

manieren - meetellen volgens het ja/nee, dan wel naar rato van waarschijnlijkheid - in aanmerking genomen<sup>146</sup>. In de regel hangt dit gewoon af van hun waarschijnlijkheid: is een kans voldoende klein, dan kan zij worden genegeerd, is zij voldoende groot, dan kan worden aangenomen dat zij zich zou hebben gerealiseerd, zit zij daartussen, dan ligt het eerder in de rede om haar slechts gedeeltelijk in aanmerking te nemen, hetgeen dan in essentie geschiedt naar rato van haar waarschijnlijkheid maar doorgaans zonder dat die waarschijnlijkheid expliciet wordt gekwantificeerd. In de praktijk zijn vaak meerdere kansen in het geding, en kan het afwegen daarvan ook de vorm krijgen dat de ene kans wél volledig wordt meegenomen, en 'ter compensatie' daarvan de andere kans in het geheel niet.

Bij de buitengerechtelijke afwikkeling van letselschade is dit alles een vanzelfsprekend onderdeel van de onderhandelingen waardoor partijen het uiteindelijk eens worden over het schadebedrag. In de regel wordt daarbij de hele problematiek niet gegoten in termen van 'goede en kwade kansen', laat staan dat men zou spreken van het al of niet 'proportioneel' in aanmerking nemen daarvan, maar beschouwt men dit alles gewoon als het door middel van geven en nemen vaststellen van de voor de berekening te hanteren uitgangspunten.

Ook in de meeste rechterlijke uitspraken gaat de wijze waarop kansen worden afgewogen en meegenomen schuil achter het totaal van de uitgangspunten waarop de berekening van de arbeidsvermogensschade is gebaseerd. Soms spitst de discussie zich echter zodanig toe op één enkele kans of één enkele schadecomponent dat de rechter daarover expliciet moet beslissen. Die situatie doet zich eerder voor naarmate het om een relatief groter gedeelte van de totale schade gaat. Bijvoorbeeld bij carrièrekansen in het geval dat de professionele carrière van een slachtoffer ten tijde van het ongeval, wegens jeugdige leeftijd of vanwege om- of bijscholing, nog niet een min of meer definitief beslag had gekregen. Of zonder ongeval de beoogde opleiding zou zijn afgerond en de daarbij aansluitende carrière van de grond zou zijn gekomen, kan uit de aard der zaak niet met zekerheid worden vastgesteld. Dergelijke gebeurtenissen zijn per definitie slechts meer of minder waarschijnlijk. Maar de veronderstelling waarop de begroting wordt gebaseerd - wel of niet met succes de beoogde studie afgerond, wel of niet een baan gevonden die daarbij aansluit - kan al gauw honderdduizenden guldens verschil uitmaken.

Een dergelijke situatie deed zich voor in het arrest Vehof/Helvetia<sup>147</sup>. Ten tijde van het ongeval verrichte Vehof geen betaald werk, maar had zij het voornemen om een opleiding te gaan volgen tot zieken/bejaardenverzorgster. Na het ongeval wordt zij

lijkelijk te wensen overlaat is HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257, Baijings/Mr. H., zie in § 3 C over beroepsfouten van de advocaat.

146. Het eenvoudigste voorbeeld van een proportionele afweging zijn sterftetekansen. Deze zijn in beide hypothesen van belang en kunnen niet anders dan naar rato van hun waarschijnlijkheid worden meegenomen.

147. HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624.

voor een dergelijke opleiding aangenomen, maar wegens de door het ongeval veroorzaakte klachten (whiplash) meldt zij zich bij aanvang van die opleiding af. Vehof stelt dat zij zonder ongeval de opleiding zou hebben afgerond en betaald werk zou hebben gevonden en vordert een bedrag van meer dan f 600.000,- arbeidsvermogensschade. Helvetia bestrijdt dit. Op grond van een rapport van een arbeidskundige acht de rechtbank de vordering wegens arbeidsvermogensschade toewijsbaar, te begroten op basis van de in dat rapport geformuleerde uitgangspunten. Het hof acht het echter niet aannemelijk dat een redelijke kans bestond dat Vehof de opleiding met goed gevolg zou hebben afgerond, en evenmin dat zij in dat geval een baan zou hebben gevonden, en wijst de gevorderde arbeidsvermogensschade geheel af.

De Hoge Raad acht de motivering van het hof op beide punten onder de maat. Daarbij overweegt hij onder meer dat:

"aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied."

Ten aanzien van de hypothetische situatie zonder ongeval verdient de benadeelde volgens de Hoge Raad dus een bepaald voordeel van de twijfel. Het arrest werd wel zo geïnterpreteerd dat de benadeelde bij goede en kwade kansen *altijd* het voordeel van de twijfel zou toekomen, maar deze uitleg is ontzenuwd in het arrest Van Sas/Interpolis<sup>148</sup>.

Ten tijde van het ongeval doceerde Van Sas als gediplomeerd typelerares 6 uur per week en gaf zij 7 uur per week stenografieles (in totaal dus 13 uur per week). Daarnaast volgde zij een meerjarige opleiding voor lerares stenografie en een nascholingscursus informatica/tekstverwerking. Zij vordert meer dan f 250.000,- arbeidsvermogensschade op grond van de hypothese dat zij na voltooiing van die opleiding zeker 20 uur per week zou hebben lesgegeven en dat zij daarmee zou zijn doorgegaan tot en met haar 65<sup>e</sup> levensjaar. De rechtbank wijst de gevorderde arbeidsvermogensschade volledig toe. Daarbij overweegt de rechtbank dat aan Van Sas door het ongeval de mogelijkheid is ontnomen om zelf de keuze te maken om al dan niet tot haar 65<sup>e</sup> levensjaar door te werken met de omvang die zij verkiest.

Het hof meent dat de rechtbank het ontnemen van die keuzemogelijkheden ten onrechte doorslaggevend heeft geacht, omdat ook de vraag moet worden beantwoord

148. HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 (CJHB).

hoe groot de kans is dat Van Sas, het onderhavige letsel weggedacht, van die keuzemogelijkheid gebruik zou hebben gemaakt. In appèl brengt Interpolis cijfermateriaal van het CBS in de procedure waaruit blijkt dat slechts een klein percentage leerkrachten in het beroepsonderwijs na het 58<sup>e</sup> levensjaar blijft doorwerken. Het percentage vrouwelijke leerkrachten ouder dan 58 jaar is zelfs verwaarloosbaar klein. Op grond hiervan stelt Interpolis dat na het 58<sup>e</sup> levensjaar geen sprake meer zou zijn van arbeidsvermogensschade. Na een comparitie kiest het hof een middenweg tussen de stellingen van partijen, die inhoudt dat Van Sas na voltooiing van haar opleiding een aanstelling van 20 uur per week zou hebben kunnen verkrijgen en behouden, dat zij bij het bereiken van de leeftijd van 58 jaar haar aanstelling zou terugbrengen naar 13 uur per week, en dat zij op 61-jarige leeftijd gebruik zou maken van een regeling voor vervroegd pensioen. Op grond van deze uitgangspunten begroot het hof de arbeidsvermogensschade op ruim f 188.000,-.

Het cassatiemiddel voert aan dat het voor Van Sas door het ongeval blijvend onmogelijk is geworden enige vrije keuze te maken ten aanzien van haar loopbaanontwikkeling, zodat bij de schadeberekening had moeten worden aangenomen dat zij behoudens indien geen enkele leraar of lerares meer tot de pensioengerechtigde leeftijd zou blijven werken - tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar was blijven werken.

Dit middel faalt, aldus de Hoge Raad:

"Het oordeel van het Hof berust immers op de juiste rechtsopvatting dat bij het begroten van een schade als de onderhavige rekening moet worden gehouden met een redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen. Bij de beoordeling van de in dit verband van belang zijnde omstandigheden kan de rechter met het verlies van die keuzemogelijkheid weliswaar zo veel mogelijk in het voordeel van de benadeelde partij rekening houden, doch (...) brengt zulks niet mee dat van de mogelijkheid voor Van Sas om tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar te blijven werken moet worden uitgegaan, tenzij in de persoonlijke omstandigheden van Van Sas reden wordt gevonden om het tegendeel aan te nemen."

Bij onzekerheden die van belang zijn voor de begroting van arbeidsvermogensschade verdient de benadeelde dus wel het voordeel van de twijfel, maar slechts binnen redelijke grenzen. Gunstige kansen kunnen zodanig klein zijn, of kwade kansen zodanig groot, dat in redelijkheid niet langer het uitgangspunt kan zijn dat zij zich wel (gunstige kansen) of juist niet (kwade kansen) zouden hebben gerealiseerd. In dat geval is de soort 'proportionele' benadering aangewezen waarvan de beslissing van het hof in Van Sas/Interpolis een mooi voorbeeld is. Het hof geeft geen ja/nee beslissing over de vraag of Van Sas tot haar 65<sup>e</sup> dan wel tot haar 58<sup>e</sup> zou zijn blijven werken, maar kiest een middenweg waarbij de grootte van de betreffende kans zijn weerslag vindt in een genuanceerde beslissing over de looptijd van de arbeids-



vermogensschade. Er is geen enkele reden waarom daarbij de grootte van die kans expliciet zou moeten worden gekwantificeerd.

Voor de 'afweging' van carrièrekansen, zoals de kans dat een bepaalde opleiding met succes zou zijn afgerond en de kans dat een daarop aansluitende baan zou zijn gevonden, betekent dit naar mijn mening het volgende. Te bedenken valt dat dergelijke, door het ongeval hypothetisch geworden gebeurtenissen, per definitie niet met zekerheid kunnen worden vastgesteld. De benadeelde het voordeel van de twijfel gunnen betekent dan naar mijn mening dat in elk geval de aan dergelijke hypothetische gebeurtenissen *inherente* onzekerheid niet zonder meer aanleiding kan zijn om een reductie toe te passen op de omvang van de te vergoeden arbeidsvermogensschade. Als bijvoorbeeld van een opleiding vaststaat dat doorgaans slechts 80% van de studenten haar met succes afrondt, kan dat niet zonder meer reden zijn om slechts 80% van het hogere inkomen waartoe het diploma en een daarop gebaseerde carrière zou hebben geleid, in de begroting op te nemen. De benadeelde komt het voordeel van de twijfel toe. Het gaat niet aan om hem zonder meer aan dat gemiddelde slagingspercentage op te knopen. In beginsel dient het hogere inkomen voor de volle 100% in aanmerking te worden genomen. Dit behoudens het geval dat de aansprakelijke partij erin slaagt om hard te maken dat dit niet redelijk zou zijn, bijvoorbeeld door de kans op het vinden van op het diploma aansluitend werk op geloofwaardige wijze te kwantificeren op 50% of minder, in welk geval een tussenweg in de rede kan liggen waarbij het hogere inkomen slechts gedeeltelijk in aanmerking wordt genomen.

Vaak kan dat laatste gewoon door een beperking aan te brengen in de looptijd, bijvoorbeeld ondersteund door de redenering dat de benadeelde waarschijnlijk niet meteen na het verkrijgen van het diploma, maar pas na een bepaalde tijd een daarop aansluitende baan zou hebben weten te vinden (hetgeen over het gehele arbeidsleven een beperkend effect pleegt te hebben op het inkomen). Een dergelijke 'proportionele' benadering hoeft men dus geenszins vorm te geven als de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, noch hoeft men daarbij het idioom van de proportionele aansprakelijkheid te bezigen, en evenmin hoeft men daarbij de grootte van de slagingskans te kwantificeren<sup>149</sup>. Maar ik kan mij niet voorstellen dat een feitenrechter die dat allemaal wél doet, en met betrekking tot een of meer schade-posten expliciet een proportionele aansprakelijkheid hanteert, door de Hoge Raad zal worden teruggefloten<sup>150</sup>.

149. Zie in dit verband r.o. 3.5.1. in Vehof/Helvetia.

150. In dit verband dient nog te worden bedacht dat, zoals de Hoge Raad nog eens bevestigt in Van Sas/Interpolis, een oordeel over de goede en kwade kansen bij de begroting van arbeidsvermogensschade is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, en dit oordeel in cassatie slechts beperkt toetsbaar is (r.o. 3.5).

## H. HET PREDISPOSITIELEERSTUK

Zoals bekend houdt het leerstuk van de predispositie in dat wanneer de omvang van een letselschade wordt vergroot door bepaalde fysieke of psychische zwakheden van de gekwetste, die schade toch in volle omvang aan de aansprakelijke partij wordt toegerekend<sup>151</sup>. Men labelt dit leerstuk ook wel met het Engelse adagium '*the tortfeasor takes his victim as he finds him*'. Op dit terrein zijn mij geen toepassingen van de proportionele benadering in de rechtspraak bekend<sup>152</sup>. Toch zijn die naar mijn mening onder bepaalde omstandigheden wel denkbaar. Ik bespreek dit onderwerp vanwege het belang van het predispositieleerstuk voor de praktijk, en omdat de vraag voor de hand ligt hoe het één zich precies tot het ander verhoudt. Zo meent Peeperkorn dat een proportionele benadering met dit leerstuk onverenigbaar is<sup>153</sup>.

Het causale probleem waarvoor de proportionele benadering een oplossing kan bieden betreft onzekerheid over het bestaan van *conditio sine qua non*-verband. Het leerstuk van de predispositie betreft daarentegen de *toerekening* van (gevolg)schade in de zin van artikel 6:98 BW in het geval dat het *conditio sine qua non*-verband als vaststaand wordt aangenomen. Zo werd in het arrest ABP/Van Stuyvenberg<sup>154</sup> aangenomen dat de arbeidsongeschiktheid van de benadeelde door het ongeval was aangevangen, en dat zijn predispositie (een hysterisch-neurotische persoonlijkheidsstructuur) er slechts toe had geleid dat de *omvang* van deze schade groter werd dan normaal doordat de man telkens opnieuw uitviel. En in het arrest over de aangerezen hartpatiënt<sup>155</sup> werd expliciet uitgegaan van het bestaan van *conditio sine qua non*-verband tussen de relatief lichte aanrijding en de hartaanval met fatale gevolgen die de benadeelde enkele uren daarna kreeg, zodat ook hier slechts een vraag van toerekening resteerde.

Een predispositie-casus waarin het *conditio sine qua non*-verband tussen ongeval en arbeidsongeschiktheid *niet* vaststond, deed zich voor in het arrest Van Dijk/Verdonk<sup>156</sup>. Van Dijk was betrokken bij een ongeval waarvoor Verdonk aansprakelijk was. Hij stelde als gevolg van dat ongeval rugklachten te ondervinden waardoor hij arbeidsongeschikt was. Reeds jaren vóór het ongeval was Van Dijk wegens rugklachten in een ziekenhuis onderzocht. De medische rapportages over het causaal verband tussen het ongeval en de huidige rugklachten spraken elkaar

151. Zie Peeperkorn, D., "Juridische causaliteit: redelijk en adequaat? De TNR-leer in de rechtspraak over letselschade," in *Medische en juridische causaliteit*, Inleidingen LSA 1990, Lelystad, 1990.

152. Wat wel gebeurd is dat de predispositie aanleiding geeft voor een reductie op de looptijd van de arbeidsvermogensschade. Zie Rechtbank Amsterdam 10 november 1982, *VR*, 1984, 81; Rechtbank Roermond 16 mei 1991, *VR*, 1992, 72; Rechtbank Zwolle 17 november 1999, *NJ Kort*, 2000, 14; *PIV-Bulletin*, 2000, 4 (Blondeel).

153. Peeperkorn, D., *l.c.*, 1998, 322 alsmede in zijn bijdrage in dit boek, § 5 D.

154. HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751 (CJHB), *VR*, 1989, 97.

155. HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372 (GJS), *VR*, 1975, 85.

156. HR 3 december 1976, *VR*, 1977, 25 (Brunner).

tegen. Het hof achtte causaal verband niet bewezen, onder meer omdat pas drie maanden na het ongeval van de rugklachten werd vernomen, en wees de vordering af. Het cassatiemiddel voerde onder meer aan dat het hof ten onrechte medische causaliteit beslissend had geacht, in de kennelijke veronderstelling dat juridische causaliteit kan bestaan waar medische ontbreekt<sup>157</sup>. De Hoge Raad liet het arrest van het hof in stand.

Hoe absoluut de toerekening bij predisposities soms ook moge lijken, tot het *conditio sine qua non*-verband strekt zij zich tot dusver niet uit. In de conclusie van advocaat-generaal Berger voor Van Dijk/Verdonk, en in de noot daarbij van Brunner in Verkeersrecht, wordt dit expliciet geconstateerd.

Ik meen daarom dat de vraag nog open is of bij predispositie-gevallen plaats kan zijn voor een proportionele aanpak. Het moet dan wel om onzeker *conditio sine qua non*-verband gaan, en dat is ook wel denkbaar, bijvoorbeeld wanneer in het geval van de aangereden hartpatiënt de betreffende hartaanval pas enkele weken na het ongeval had plaatsgevonden, terwijl de benadeelde ook al vóór het ongeval een hartaanval had gehad<sup>158</sup>. Een en ander hangt uiteraard af van de inhoud van de medische rapportages ter zake, maar denkbaar is dat dan sprake zou zijn geweest van het soort onzeker *conditio sine qua non*-verband waarvoor proportionele schadevergoeding een oplossing kan zijn.

Overigens is de volledige toerekening bij predisposities sowieso veel minder absoluut dan soms wordt voorgesteld, omdat predisposities wel degelijk kunnen leiden tot een 'gedeeltelijke' schadevergoeding door toepassing van een reductie op de looptijd van doorlopende schade. Proportionele schadevergoeding wegens onzeker causaal verband sluit daar nagenoeg naadloos bij aan<sup>159</sup>.

## I. SCHADEVERGOEDING VOOR RISICO'S

Aan het eind van dit overzicht wil ik tenslotte signaleren dat het leerstuk van het verlies van een kans niet alleen één van de dogmatische grondslagen is voor een proportionele benadering, maar ook een grondslag kan bieden voor het toekennen van schadevergoeding voor risico's<sup>160</sup>. Deze problematiek is het meest pregnant bij gezondheidsrisico's die geheel op zichzelf staan - en dus niet een sequeel zijn van vaststaand letsel - zoals het risico op het krijgen van de asbestziekte mesothelioom

157. Zie in het algemeen over het onderscheid tussen medische en juridische causaliteit Ramboocus, D.S., *Medisch-juridische causaliteit*, diss., Utrecht, 1999.

158. Vgl. Rechtbank Den Haag 15 januari 2000, *Tijdschrift voor AmbtenarenRecht*, 2000, 55 (oogaandoening door blootstelling aan methanol of door predispositie).

159. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle 17 november 1999, *NJ Kort* 2000, 14; *PIV-bulletin*, 2000, 4, (Blondeel). Zie voor de samenhang tussen proportionele schadevergoeding en reductie op de looptijd van doorlopende schade wegens predispositie, Akkermans, A.J., o.c., diss., 178-179.

160. Zie over deze materie Akkermans, A.J., o.c., diss. 119-123 en 219-244.

van een werknemer die aan asbest werd blootgesteld maar momenteel nog niet ziek is. Of dit risico zich daadwerkelijk zal realiseren kan slechts de toekomst uitwijzen.

Het leerstuk van het verlies van een kans brengt mee dat zo'n werknemer met het vorderen van schadevergoeding niet perse hoeft af te wachten of hij ziek zal worden, maar reeds nu schadevergoeding kan vorderen voor het risico op het krijgen van mesotheliom. Indien, zoals in de hiervoor gereleveerde rechtspraak over medische fouten<sup>161</sup>, de kans die de benadeelde had om een bepaald letsel te ontlopen op geld waardeerbaar wordt geacht *nadat* dat letsel definitief is ingetreden, dan is dezelfde kans in principe ook op geld waardeerbaar *voordat* dat letsel definitief is ingetreden. Uiteraard bestaat tussen beide situaties wel een verschil: in het eerste geval zal de uitkomst van de verloren kans nooit meer bekend worden. De ontwikkeling van die kans is door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis 'afgesneden'. In het tweede geval is het anders. Hier staan de kansen van de benadeelde nog open. Het is in principe mogelijk om af te wachten hoe het betreffende risico zal uitpakken. Een vordering tot schadevergoeding die daarop vooruit loopt kan om die reden vooralsnog worden afgewezen<sup>162</sup>.

Dat gebeurt echter lang niet altijd. Op het terrein van de dreigende zaakschade heeft de rechtspraak zich reeds bereid getoond om de waarde van een actueel risico op het intreden van toekomstige schade op geld te waarderen, en daarvoor vergoeding toe te kennen<sup>163</sup>. In eerdere publicaties heb ik betoogd dat een dreigende toekomstige schade niet alleen bij zaakschade, maar ook bij zuivere vermogensschade en personenschade haar schaduw vooruitwerpt en een actuele schade teweegbrengt die bestaat uit het op geld waardebare risico dat zij in de toekomst zal intreden<sup>164</sup>. Bloembergen lijkt daarmee in te stemmen<sup>165</sup>.

In de buitengerechtelijke praktijk is het volstrekt gebruikelijk om een extra schadebedrag toe te kennen in verband met risico's die het gevolg zijn van vaststaand let-

161. Zie § 3 B.

162. Zie art. 6:105.

163. Zie HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 466 Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek (schadevergoeding voor het risico dat door nawerking van de inmiddels gestaakte mijnexploitatie zich nieuwe schade aan pand zou manifesteren); HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 449 (GJS) Beschadigde auto-arrest (waardevermindering van auto, toe te schrijven aan het risico dat auto, ondanks herstel, gebrek heeft tengevolge van aanrijding); HR 2 februari 1979, *NJ* 1979, 384 (FHJM), Binnendijk/IJsselcentrale (waardevermindering van onroerend goed door overhangende hoogspanningskabels die een verhoogd gevaar opleveren voor het onroerend goed en de zich daarop en daarin bevindende personen en goederen). Zie voor literatuur Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 43; Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 1; Beekhuis, J.H., noot bij HR 6 dec. 1963, *NJ* 1965, 56; Rutten, L.E.H., *VR*, 1964 blz. 73 e.v. (op blz. 77 r.k.); Akkermans, A.J., o.c., diss. 122 alsmede "De twee gezichten van inkomensschade bij letsel", in Klaassen, C.J.M. en Akkermans, A.J., *Het moment van ontstaan van schade*, Preadvies VBR, Lelystad, 1998, 45-76 (op 47-49).

164. Akkermans, A.J., o.c., diss., 119-123 en 219-244 alsmede *Preadvies VBR*, 1998, 47-53.

165. Bloembergen, A.R., o.c., WPNR 6279 (1997) 505 e.v. onder 5.

sel. Daarbij gaat het om gezondheidsrisico's, zoals de verhoogde kans op artrose bij letsel bestaande uit botbreuken, het risico van epilepsie bij hersenletsel, en op het risico van meningitis dat verhoogd wordt bij een schedelbasisfractuur, maar ook om een door het ongeval vergrote economische kwetsbaarheid, zoals het risico op het werkloos worden van iemand die dat nog niet (volledig) is. Bijvoorbeeld wanneer de benadeelde als gevolg van het ongeval wel beperkingen heeft, maar vooralsnog volledig is gereïntegreerd, al dan niet bij zijn oorspronkelijke werkgever. Ook al heeft hij op dat moment geen arbeidsvermogensschade, toch is de benadeelde opgezadeld met de kwade kans dat hij ooit moet afvloeien en dan niet meer aan de slag komt. Zo wordt in een bindend advies van Teeuwissen en Bouman voor een dergelijk risico een vergoeding reëel geacht van f 75.000,-<sup>166</sup>. Ook in de overheidsrecht-spraak staat de vergoedbaarheid van dit soort risico's buiten discussie<sup>167</sup>.

Ik zie geen enkele principiële reden waarom deze benadering niet zou kunnen worden doorgetrokken naar het risico op het krijgen van mesotheliom dat in het leven is geroepen door de onrechtmatige blootstelling aan asbest<sup>168</sup>. Uiteraard moet worden gewaakt voor speculatieve claims. Maar wanneer vast komt te staan dat er inderdaad sprake is van een voldoende intensieve en aantoonbare blootstelling aan asbest, waarvan deskundigen ook kunnen vaststellen dat die daadwerkelijk tot een bepaald risico op het krijgen van mesotheliom heeft geleid, meen ik dat dit reeds nu een vergoedbare gezondheidsschade constitueert, ongeacht het feit dat het daadwerkelijk intreden van deze dodelijke ziekte in de toekomst nog maar moet blijken<sup>169</sup>. Het leerstuk van het verlies van een kans biedt mijns inziens een solide dogmatisch fundament om schadevergoeding toe te kennen voor dit soort nadeel<sup>170</sup>.

166. Teeuwissen, J.G. en Bouman, H.A., "Bindend advies 4 mei 1998", *VR*, 1999, 14.

167. Zie bijv. Hof Amsterdam 21 januari 1981, *VR*, 1981, 47.

168. Zie voor een voorbeeld uit het Engelse recht *Sykes v Ministry of Defense*, *The Times* 23 maart 1984, waarover Akkermans, A.J., o.c., diss., 144.

169. Uiteraard is het moeilijk om een dergelijk nadeel op geld te waarderen. Begrotingsproblemen kunnen echter aan de vergoedbaarheid van een schade niet afdoen. Dát er schade is staat mijns inziens buiten kijf. Op het moment dat het slachtoffer zich bijvoorbeeld tegen arbeidsongeschiktheid zou willen verzekeren wordt dit nadeel bijv. direct 'vertaald' naar een alleszins tastbare vermogensschade. Zie over de verzekeringsproblemen van letselschadeslachtoffers, Sap, J., "Het (on)verzekerbare letselschadeslachtoffer", *VR*, 1999, 197-199.

170. Een eerste poging om voor personen in deze situatie schadevergoeding te verkrijgen gooide het in dogmatisch opzicht over een heel andere boeg, namelijk over die van het psychische letsel dat het slachtoffer lijdt als gevolg van de angst een ziekte te zullen oplopen. Zie Ktg. Middelburg 26 juli 1999, *Letsel & Schade*, 1999, 21 (geschikt voor f 15.000 smartengeld). Zie over schadevergoeding voor angst Stolker, C.J.J.M. en Levine, D.I., "AIDS-phobia. Schadevergoeding voor angst", *NJB*, 1996, 882-891 alsmede "Compensation for the Fear of Contracting Asbestos-Related Diseases - Critical Reflections on an Important US Supreme Court Decision and its Relevance for Europe", *ERPL* 1999, 1-19. Denkbaar is voorts een vordering tot vergoeding van zuiver immateriële schade (significante asbestblootstelling als 'aantasting in de persoon' in de zin van 6:106 lid 1 sub b) alsmede een vordering tot vergoeding van periodiek medisch onderzoek (vgl. Akkermans, A.J., o.c., diss., 157).

## § 4. Conclusies

Voor de vraag of bij een probleem van onzekerheid op een bepaald rechtsgebied een proportionele oplossing toelaatbaar is kunnen tal van gezichtspunten van belang zijn, zoals overwegingen van rechts-politieke of proceseconomische aard, de aard en strekking van de geschonden norm, de inspanning die de rechter eerst moet verrichten om de feitelijke gang van zaken te achterhalen voordat hij naar de uitweg van proportionele aansprakelijkheid grijpt, en de mate van onzekerheid waarvan sprake moet zijn voordat een proportionele oplossing kan worden verantwoord. Dat alles is voor discussie vatbaar en het Nederlandse recht zal op deze punten gewoon verder moeten uitkristalliseren. Maar een kwalificatie van de problematiek als een van schade of van causaliteit biedt als zodanig geen zinvolle bijdrage aan de discussie over de toelaatbaarheid van een proportionele benadering: die kwalificatie is uitsluitend een kwestie van perspectief en kan het voorgestelde verschil in rechtsgevolg - proportionele aansprakelijkheid toelaatbaar of niet - niet rechtvaardigen.

Ongeacht de gekozen insteek, vanuit de schade of vanuit de causaliteit, stoot men op het probleem van de onzekerheid over de vergelijkingshypothese: de situatie die zou zijn ontstaan als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zich niet had voorgedaan. Omdat het hier gaat om een hypothetische situatie, en niet om een historische, is zij niet vatbaar voor strikt bewijs. Het maximaal haalbare is het op basis van een beredeneerde prognose zo goed en zo kwaad mogelijk vaststellen van haar waarschijnlijkheid. Het daaraan vastknopen van een proportionele oplossing doet naar mijn mening méér recht aan de 'feiten' dan het gewrongen vasthouden aan het alles of niets. Een proportionele aansprakelijkheid is in dit soort situaties in beginsel de meest rechtvaardige oplossing. Het systeem van het aansprakelijkheidsrecht biedt daarvoor solide dogmatische grondslagen, zowel in het kader van de causaliteit als in het kader van de schade.

Proportionele aansprakelijkheid kan toepassing vinden in een veelvoud van gevallen en doet dat in toenemende mate ook. Zij kan prima worden gecombineerd met omkering van de bewijslast inzake het *conditio sine qua non*-verband zoals die plaatsvindt op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid en sinds enige tijd ook wel op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid. Daarbij is het uitgangspunt dat de fout wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn, tenzij voldoende aanneemelijk is dat er een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die niet tot de risicosfeer van de aansprakelijke partij behoort. Wanneer dit 'gedeeltelijk tegenbewijs' wordt geleverd is dat aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen. Bij de begroting van arbeidsvermogensschade worden 'proportionele' oplossingen als vanzelfsprekend gehanteerd, al wordt dat zelden of nooit als zodanig onder woorden gebracht. Het leerstuk van het verlies van een kans biedt ook een dogmatische grondslag voor de vergoeding van het actuele risico op het intreden van toekomstige schade, zoals het risico op het krijgen van mesothelioom door een werknemer die aan asbest werd blootgesteld maar thans nog niet ziek is. De toekomst zal uit-

wijzen hoe het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid zich in het Nederlandse recht verder zal ontwikkelen.

## Literatuurlijst

- Akkermans, A.J., "Statistisch causaliteitsbewijs bij toxische schadeveroorzaking", *Het Verzekeringsarchief*, 1995, 44-53.
- Akkermans, A.J., "Oorzakelijk verband", in Franke, M.E., e.a. (red.), *Onrechtmatige daad*, BW-Krant Jaarboek 1996, Deventer, 1996, 39-65.
- Akkermans, A.J., Noot bij Hof Amsterdam, 4 januari 1996, *NJ* 1996, 213 Wever/De Kraker, in *A&V*, 1996, 67-71.
- Akkermans, A.J., *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Deventer, 1997.
- Akkermans, A.J., "Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband" in Boom, W.H. van, e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer, 1997, 105-115.
- Akkermans, A.J., Noot bij HR 24 okt. 1997, Baijings/mr. H., *A&V*, 1998, 24-26.
- Akkermans, A.J., "De twee gezichten van inkomensschade bij letsel", in Klaassen, C.J.M. en Akkermans, A.J., *Het moment van ontstaan van schade*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad, 1998, 45-76.
- Akkermans, A.J., "Groen licht voor proportionele schadevergoeding bij beroepsfout advocaat", *NbBW*, 1998, 50-52.
- Akkermans, A.J., "Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?", *VR*, 1999, 65-69.
- Akkermans, A.J., "Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken", *VR*, 1999, 193-197.
- Akkermans, A.J., "Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade", in *De kwaliteit van het schaderegelingproces*, Inleidingen LSA 2000, Lelystad, 2000, 25-39.
- Asser, W.D.H., "Medisch feit en juridische causaliteit", in *Medische en juridische causaliteit*, Inleidingen LSA 1990, Lelystad, 1990, 45-63.
- Asser, W.D.H., "Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht", *TvG*, 1991, 62-76.



Asser, W.D.H., "Boekbeschouwing: I. Giesen, Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid", *RM Themis*, 2000, 141-143.

Asser-Hartkamp I, *De verbintenis in het algemeen*, Zwolle, 2000.

Barendrecht, J.M. en Storm, H.M., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995.

Beekhuis, J.H., Annotatie, HR 6 december 1963, *NJ* 1965, 56.

Beer, J.M., "Medische aansprakelijkheid gezien vanuit de juridische praktijk", in *Aansprakelijkheid voor medische fouten*, Inleidingen LSA 1991, Lelystad, 1991, 1-15.

Bénabent, A., *Droit Civil, Les obligations*, Paris, 1989.

Bier, L., "Stelplicht en bewijslast bij beroepsziekten", *NTBR*, 1993, 209 e.v.

Bloembergen, A.R., *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss., Deventer, 1965.

Bloembergen, A.R., "Boekbespreking A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband", *WPNR* 6279 (1997), 505-508.

Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV, Zwolle, 1996.

Bouman, H.A. en Tilanus, G.M., *Schadevergoeding: Personenschade*, Mon. Nieuw BW B-37, 2<sup>e</sup> druk, Deventer, 1998.

Brunner, C.J.H., "Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?", *AA*, 1995, 932-941.

Curran, C., "The Burden of Proof and the Liability Rule for Suppliers of Services in the EEC", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 19, 1994, 85-98.

Dijk, Ch.H. van, "Proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten vindt navolging", *A&V*, 1999, 37-41.

Faure, M., *(G)een schijn van kans*, oratie UM, Antwerpen, 1993.

Frenk, N., "Toerekening naar kansbepaling", *NJB*, 1995, 482-491.

Giesen, I., *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer, 1999.

Haak, M.F.J., "Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan", *AA*, 1998, 138-147.

Hijma, J., "Erven Cijssouw/De Schelde" *AA*, 1994, 113-114.

Kastelein, W.R., "Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994-1998", *TvG*, 1998, 134-146.

Kerkmeester, H.O., "boekbespreking oratie Faure", *TMA*, 1994, 45-48.

Kerkmeester, H.O., "De terugkeer van het bemiddelend vonnis: de doctrine van het kansverlies bij medische aansprakelijkheid", *NJB*, 1998, 435-441.

Kortmann, J., "De aangeschoten vogelaar. Over alternatieve causaliteit", *Groninger opmerkingen en mededelingen*, nr. 15, 1998, 55-67.

Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P., *Beroepsfouten*, 3<sup>e</sup> druk, Zwolle, 1995.

Pals, L.H., *Onrechtmatige doodslag; van beperkte naar volledige schadevergoeding*, diss., Deventer, 1983.

Pals, L.H., "De positie van jurist en medicus bij letselschaden", *Adv.bl.*, 1989, 96 e.v.

Peeperkorn, D., "Juridische causaliteit: redelijk en adequaat? De TNR-leer in de rechtspraak over letselschade," in *Medische en juridische causaliteit*, Inleidingen LSA 1990, Lelystad, 1990.

Peeperkorn, D., "Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade", *VR*, 1998, 321-324.

Pijnacker Hordijk, E.H. en Van der Bend, G.W., *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, 2<sup>e</sup> druk, Den Haag, 1999.

Rambocus, D.S., *Medisch-juridische causaliteit*, diss., Utrecht, 1999.

Ridder, M. de, "Kansverlies bij medische aansprakelijkheid", *AA*, 1995, 548-554.

Ronse, J., *Schade en schadeloosstelling*, 2<sup>e</sup> druk, Gent, 1984.

Rutten, L.E.H., *VR*, 1964, blz. 73 e.v.

Sap, J., "Het (on)verzekerbare letselschadeslachtoffer", *VR*, 1999, 197-199.



- Spier, J., *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Mon. NBW B-36, Deventer, 1992.
- Spier, J., "Asbest en aansprakelijkheid" in *Asbest en aansprakelijkheid. Bewijsvragen milieu- en productenaansprakelijkheid*, Arnhem, 1994.
- Spier, J., Annotatie, HR 26 jan. 1996 Dicky Trading II, *A&V*, 1996, 42-43.
- Stolker, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, diss., Deventer, 1988.
- Stolker, C.J.J.M. en Levine, D.I., "AIDS-phobia. Schadevergoeding voor angst", *NJB*, 1996, 882-891.
- Stolker, C.J.J.M. en Levine, D.I., "Compensation for the Fear of Contracting Asbestos-Related Diseases – Critical Reflections on an Important US Supreme Court Decision and its Relevance for Europe", *ERPL*, 1999, 1-19.
- Storm, H.M., Kamp, H.P.A.J. en Schön, E.W. in Barendrecht, J.M. en Storm, H.M. (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995, 180 e.v.
- Teeuwissen, J.G. en Bouman, H.A., "Bindend Advies 4 mei 1998", *VR*, 1999, 14.
- Van, A.J., *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss., Arnhem, 1995.
- Van, A.J. en Nijs, H.G.T., "Asbest, tabaksrook en longkanker", *TMA*, 1996, 45 e.v.
- Vansweevelt, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 3<sup>e</sup> dr, Antwerpen – Apeldoorn, Brussel, 1997.
- Viney, G. en Jourdain, P., *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> ed., Paris, 1998.